

# **Newsletter Empresa Familiar**

---

**España**

**GARRIGUES**

Noviembre 2022

## ÍNDICE

### 1. ARTÍCULOS

- 1.1 ¿Quién es el socio, mi cónyuge o yo?
- 1.2 Los nuevos planes de reestructuración: ¿pueden los acreedores sustituir a los socios en el capital de las compañías?
- 1.3 La retribución de los administradores de una sociedad puede cumplir con la normativa mercantil aunque los estatutos no concreten la cuantía
- 1.4 La controvertida aplicación de la regla de proporcionalidad en el régimen de empresa familiar

### 2. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

#### 2.1 Mercantil y civil

- 2.1.1 El administrador único que dimite, además de estar obligado a convocar junta general para nombrar nuevo administrador, debe requerir la presencia de notario, en caso de solicitarse por un socio legitimado para ello
- 2.1.2 Es contrario a la buena fe denegar la asistencia y voto a un socio en una junta general porque no se cumplen los requisitos legales o estatutarios de representación voluntaria, si en juntas precedentes se ha aceptado esa misma representación
- 2.1.3 Cuando una comunidad de bienes es socia de una sociedad limitada sus comuneros solo podrán impugnar los acuerdos sociales de la sociedad cuando sea en defensa de los intereses de la comunidad de bienes
- 2.1.4 Adjudicación de participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada, titularidad de otra sociedad de responsabilidad limitada que se liquida y se extingue: ¿transmisión *inter vivos* o *mortis causa*?
- 2.1.5 La recepción del emplazamiento para contestar una demanda por un familiar del administrador en el domicilio de dicho administrador y no en el domicilio social de la

sociedad es válida y no supone una infracción de normas y garantías procesales

- 2.1.6 En una junta universal y por unanimidad es posible establecer que el contenido de la cuota de liquidación se pueda satisfacer con bienes no dinerarios, incluidos los bienes inmuebles
- 2.1.7 La DGSJFP establece los requisitos para la validez de las desconvocatorias de las juntas generales y determina que los acuerdos adoptados en una junta general desconvocada son nulos y, por tanto, no inscribibles

## 2.2 Tributario

- 2.2.1 ISD. El Tribunal Supremo se pronunciará sobre si, para aplicar la reducción de empresa familiar en la donación de una empresa familiar a un hijo, basta con que el requisito de edad lo cumpla uno de los cónyuges
- 2.2.2 ISD. En caso de extinción del usufructo, se aplica la normativa vigente en el momento del desmembramiento a la totalidad de la liquidación, deducciones y bonificaciones incluidas
- 2.2.3 IRPF. El donante puede compensar la pérdida patrimonial derivada de la donación de un inmueble
- 2.2.4 IP. A efectos de aplicar el régimen de empresa familiar, una sociedad realiza una actividad económica de forma “indirecta” cuando financia la actividad económica de otra compañía, estando ambas sociedades participadas por personas del mismo grupo familiar
- 2.2.5 ISD. La reducción de empresa familiar se puede aplicar sobre el valor de las participaciones correspondiente a los activos financieros de la entidad, si se prueba que están afectos al desarrollo de la actividad empresarial en atención a las circunstancias concretas del sector
- 2.2.6 IP. Importancia de la prueba para acreditar la afectación a la actividad empresarial de los préstamos a empresas vinculadas y de las inversiones financieras
- 2.2.7 ISD. La nulidad de una liquidación declarada por el TEAR se extiende también a los coherederos que no la impugnaron

- 2.2.8 IP. Modelo 720. Los productos financieros de ahorro para jubilación IRA no se consideran planes de pensiones a efectos de la exención en el IP, y se deben declarar en el Modelo 720
- 2.2.9 IP. Las restricciones a la facultad de disposición sobre acciones negociadas en mercados organizados no modifican sus reglas de valoración en el IP
- 2.2.10 ISD. El incumplimiento del requisito de mantenimiento de los activos afectos a una actividad económica por parte de un coheredero perjudica al resto de coherederos en la aplicación del régimen de empresa familiar
- 2.2.11 IP. La mayor aportación de uno de los cónyuges, de acuerdo con su capacidad económica, en la adquisición de la vivienda habitual del matrimonio no supone la generación de un crédito frente al otro cónyuge
- 2.2.12 ISD. Para la valoración del patrimonio preexistente de los herederos no residentes solo se tienen en cuenta los bienes y derechos que radiquen en España

## 1. ARTÍCULOS

### 1.1 ¿Quién es el socio, mi cónyuge o yo?

Miguel García Ruz

**Una de las reflexiones que se plantean con frecuencia en las empresas familiares es cuál de los dos cónyuges es el socio de la compañía, cuando las participaciones sociales están a nombre de uno solo de ellos pero los cónyuges están casados en gananciales.**

Hay una cuestión clave en la organización de las empresas familiares que pasa desapercibida a veces en tiempos de bonanza o -incluso sin ella- en tiempos de estabilidad personal y familiar del matrimonio. Así, si las participaciones sociales son comunes por ser bienes gananciales, ¿pueden ejercer indistintamente los cónyuges los derechos de socio? o, más ampliamente hablando, ¿esa condición de bien ganancial se infiltra en el funcionamiento de la sociedad, hasta el punto de que tanto uno como otro tengamos un trato similar en la estructura corporativa de la empresa?

La respuesta a esa pregunta puede tener un impacto muy relevante para el funcionamiento de la sociedad y puede resultar imprescindible para resolver problemas muy comunes en la empresa familiar, como los que se producen cuando existe un conflicto declarado en el seno del matrimonio fundador o -también frecuentemente-, cuando uno de los cónyuges deja de estar capacitado para gobernar sus asuntos. Dicho de otra forma, y entre otras muchas cuestiones, si las participaciones son gananciales pero están a nombre de uno solo de los cónyuges y este no se puede gobernar a sí mismo, ¿puede actuar el otro como socio sin mayor limitación, autorización ni requisitos? O, en otro escenario, si las participaciones son gananciales, ¿puede pedir el cónyuge no titular que se le incluya en la lista de socios asistentes a una junta general, especialmente si el titular no asiste a esa reunión? E incluso, como desarrollo más complejo del mismo asunto, ¿pueden escoger los cónyuges cuál de ellos es el que se relaciona con la sociedad, pese a no ser socio formal?

Para resolver esta cuestión es necesario profundizar en la naturaleza íntima de la sociedad de gananciales, y contemplar cómo esa naturaleza aflora en casos como el que estamos valorando. Recurrimos para ello a la ayuda que nos brinda la, antes llamada, Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en adelante la DGSJFP) en la interesante resolución de 20 de diciembre de 2019 (BOE de 14 de marzo de 2020). Como dice esa resolución, y va en línea con otras muchas, la sociedad de gananciales se concibe en nuestro derecho como una comunidad de tipo germánico en la que ambos cónyuges son dueños conjuntos del patrimonio común y no de la mitad de los bienes que lo integran. Ello implica que ninguno de los cónyuges tiene una cuota sobre bienes concretos ni puede, por tanto, transmitirla a terceros. La sociedad ganancial es una comunidad en la que ambos consortes son dueños conjuntamente del todo, pero no de bienes concretos. Y esa naturaleza no solo actúa mientras la sociedad ganancial está vigente, sino que se refleja incluso después de su terminación, hasta tanto no se hayan liquidado los gananciales.

Esta posición respecto a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, como figura de comunidad especial, no resuelve automáticamente la cuestión que nos reúne en estas líneas, pero sí que nos coloca en suerte para afrontar el problema. Conforme a la postura apuntada, los bienes gananciales son propiedad en conjunto de los cónyuges, pero ello no implica que cada cónyuge, separadamente, pueda por principio ejercer los derechos derivados de esos bienes, de ese patrimonio común; ni supone en sí mismo que ambos tengan que actuar al mismo tiempo frente a la sociedad.

Para ahondar en la solución del asunto hay que diferenciar entre el plano de la titularidad sustantiva o patrimonial de las participaciones sociales y el plano puramente societario. Aunque el carácter común o ganancial de las participaciones podría llevarnos intuir lo contrario, lo cierto es que, al decir de la DGSJFP, lo sustantivo o patrimonial no trasciende ni se trasplanta automáticamente al plano societario. Es decir, en el plano sustantivo los dos cónyuges son titulares de las participaciones, pero en el plano societario la condición de socio es solamente del cónyuge titular de dichas participaciones sociales, y no de su consorte. Para llegar a esa conclusión, que aunque referida a una sociedad de responsabilidad limitada parece extenderse también a acciones de una sociedad anónima, la DGSJFP invoca como argumento que la condición de socio es *intuitu personae*, es decir que las aptitudes o condiciones personales del socio titular han podido ser determinantes para que el resto de socios hayan aceptado fraguar junto a él una amalgama contractual ligada por la *affectio societatis*, lo que no se daría en la persona del cónyuge no titular.

Dicho de otra forma, el cónyuge no titular tiene un derecho económico al valor de las acciones o participaciones sociales, pero el único que es socio de la empresa es el titular formal de las participaciones, y solo él puede ejercer esta condición de forma natural. Si se pretende que los derechos de socio sean ejercitados por el cónyuge no titular será necesario acudir, como principio, al instituto de la representación que, lógicamente, habrá de ejercitarse en el marco estatutario y legal aplicable. En línea con todo ello, llega a decir la DGRN que una sociedad en la que hay un solo socio, aunque las participaciones sean gananciales, será una sociedad unipersonal.

Como apuntábamos al principio, la cuestión tiene relevancia en varios frentes y deja abiertas variadas reflexiones que habrá que adaptar para cada caso y situación concretas. Una de esas reflexiones, por ejemplo, es la relativa a la aplicación de las reglas de transmisión de participaciones sociales entre cónyuges. Así, si en el plano civil, está consolidada la postura de que los cónyuges pueden convertir en privativos bienes que antes eran gananciales -o al contrario- en la medida en que esa conversión o reconocimiento tenga causa jurídica, la operación civil que se realice tendrá que confrontarse con el doble nivel sustantivo-societario que hemos apuntado más arriba, y deberán tenerse en cuenta las repercusiones de ese doble nivel. Dichas repercusiones serán diferentes según los casos.

Así habrá casos en los que ambos cónyuges son socios (sería diferente al caso que venimos comentando), es decir tienen participaciones a su nombre, están en régimen de gananciales, pero quieren que solo uno de ellos actúe como socio a partir de cierto momento. Para lograr esa finalidad, según expresa la DGSJFP, no bastará con una mera atribución de derechos de voto de un cónyuge a favor del otro, sino que será preciso que se lleve a cabo un negocio de transmisión formal de las participaciones, incluso sin alterar su carácter ganancial, de uno hacia el otro, siguiendo alguno de los mecanismos causales que permite la normativa civil para la transmisión de activos entre cónyuges.

Y a la inversa, cuando sólo uno de los cónyuges sea socio también cabrá plantear que pasen a ser privativos de uno de ellos los bienes que antes eran gananciales o, en todo caso, que dichos bienes gananciales (en nuestro caso participaciones o acciones) pasen a ser ostentados formalmente por el cónyuge que no era titular hasta ese momento. No cabe olvidar que esta alteración del titular puede que derive, incluso, de la terminación de la sociedad de gananciales que, hasta ese momento regía entre los consortes.

Con independencia de los mecanismos civiles que habrá que emplear de forma adecuada para canalizar estas reubicaciones de activos, la cuestión también puede traer consigo repercusiones en el plano societario, ligadas a la transmisión de participaciones sociales. No hace falta un gran esfuerzo para imaginar que el resultado final de toda esta problemática puede ser muy diferente si se hace una ponderación anticipada de las circunstancias y consecuencias del caso, y se genera una previa infraestructura contractual y estatutaria, que tenga en cuenta las diferentes perspectivas legales aplicables y que evite efectos indeseados para el patrimonio familiar.

Hay que terminar precisando que nuestra breve reflexión se limita solamente al régimen legal de sociedad de gananciales, propio del derecho común, por lo que será necesario analizar, igualmente, la traducción que cabe asignar a esta problemática en otros regímenes de comunidad diferentes al de la sociedad de gananciales. Pero ese análisis, dada su envergadura, habrá que dejarlo para otro momento.

## 1.2 Los nuevos planes de reestructuración: ¿pueden los acreedores sustituir a los socios en el capital de las compañías?

[Adrián Thery Martí](#) y [Marina Lorente Lara](#)

La reforma concursal recientemente aprobada ha sustituido los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago por los planes de reestructuración. Para los socios en general, y de la empresa familiar en particular, esta reforma supone un cambio de paradigma, ya que, en determinadas condiciones, los acreedores podrían imponerles un plan de reestructuración mediante el cual los acreedores tomen el control del capital de la compañía, amortizando las participaciones de los socios fundadores o preexistentes. En consecuencia, en caso de dificultades, cuanto más proactiva sea la empresa familiar y antes acometa sus problemas financieros, más probabilidades tendrá de que la estructura de propiedad no se vea afectada.

El pasado 26 de septiembre entró en vigor la profunda reforma del [Texto Refundido de la Ley Concursal](#) para trasponer la [Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia](#). La reforma tiene como objetivo, entre otros, incentivar y apostar por los mecanismos de reestructuración preventiva. El eje central de la reforma es la introducción de la figura de los planes de reestructuración, que modifica radicalmente el régimen preconcursal conocido hasta el momento en España. Tras unas pinceladas generales sobre los planes de reestructuración, nos centraremos, en particular, en analizar los impactos de estos planes para los socios de las empresas.

Los planes de reestructuración se podrán implementar, además de en casos de insolvencia actual (cuando ya no se puedan pagar regularmente las obligaciones exigibles) o inminente (cuando se prevea la insolvencia en los siguientes tres meses), desde que acaezca la situación jurídica de **probabilidad de insolvencia**: esto es, cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años. La insolvencia es, pues, un concepto financiero. Es recomendable, por tanto, estar atento a las proyecciones de *cash flow* de la empresa y/o a lo que puedan alertar los auditores, para poder diagnosticar cuándo pueda ser conveniente implementar un plan de reestructuración y contar, al efecto, con asesoramiento independiente. La premisa ineludible de los planes de reestructuración es que la empresa sea viable desde una perspectiva económica (es decir, que sea susceptible de generar beneficios, sin perjuicio de sus dificultades financieras).

La negociación se mantendrá entre deudor y acreedores afectados de manera informal, flexible y al margen del juez. El acceso al juez tendrá lugar únicamente con el fin de **homologar el plan de reestructuración** (i) cuando se pretenda imponer a los acreedores o clases de acreedores disidentes -y/o a los socios- el contenido del plan; (ii) cuando se pretendan resolver contratos en interés de la reestructuración y (iii) cuando se pretenda proteger la financiación interina y la nueva financiación.

El **contenido de los planes de reestructuración** es más amplio que el previsto para los acuerdos de refinanciación que había hasta el momento, incluyendo, por ejemplo, la modificación o extinción de garantías reales. Se prevé que pueda afectar no solo al pasivo del deudor, sino también a los fondos propios (y a los socios) así como al activo, pudiendo combinarse con transmisiones de bienes o de unidades productivas, o cambios operativos (por ejemplo, a nivel laboral o resolución de contratos) que puedan ser necesarios para asegurar la viabilidad de la compañía.



Un paso previo para el planteamiento de un plan de reestructuración es *perimetrar* los acreedores que van a quedar afectados -no solamente los financieros- y establecer la **formación de clases de créditos**, ya que los acreedores afectados votarán agrupados por clases. En este sentido, los socios no conforman propiamente una clase de acreedores para votar, pero el plan de reestructuración se someterá a su aquiescencia cuando este contenga medidas que afecten a los socios de la compañía (por ejemplo, operaciones acordeón con reducción de capital a cero y simultáneo aumento de capital mediante capitalización de créditos con exclusión del derecho de preferencia de los socios preexistentes) y requieran el acuerdo de la junta de socios.

No obstante, incluso aunque los socios reunidos en junta no presten voluntariamente su consentimiento a tales operaciones societarias, a través de la homologación de los planes de reestructuración, estos podrán ser impuestos a los acreedores disidentes y a los socios si se dan unas determinadas condiciones. La posibilidad de imponer los planes de reestructuración a los dueños de la empresa es una novedad procedente de la Directiva 2019/1023 para que los socios que se encuentran “fuera del dinero” no puedan impedir injustificadamente planes de reestructuración que permitan recuperar la viabilidad ni comprometer la eficacia de la adopción y ejecución de un plan de recuperación para la empresa.

Para determinar quién se encuentra dentro o fuera del dinero, es esencial poder cotejar la deuda con el valor de la empresa: estarán dentro del dinero las clases de acreedores o socios a quienes alcance el valor de la empresa. Por ello, es fundamental la estratificación en clases de la estructura de capital, pero también la **valoración de la empresa en funcionamiento**, que en un primer momento puede realizar el experto en reestructuraciones nombrado por el juzgado competente, si bien puede ser impugnada judicialmente y discutida a través, por ejemplo, de la prueba pericial.

La valoración de empresa es también decisiva en el caso de que el plan de reestructuración no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores (planes no consensuales), ya que en tales casos el plan sólo podrá homologarse y haber arrastre de otras clases disidentes: (i) si el plan no consensual lo han aprobado una mayoría de clases (siendo una de ellas de créditos con privilegio especial o general); o (ii) si el plan se ha aprobado al menos por una clase que hubiese recibido algún pago, aplicando los rangos concursales tras una valoración de la empresa en funcionamiento; es decir, podrá haber homologación y arrastre de clases y socios si el plan es aprobado al menos por una clase de acreedores que esté dentro del dinero.

En los planes no consensuales se distribuye el valor de reestructuración entre las clases de acreedores con arreglo a la **regla de la prioridad absoluta**. Ello significa que una clase disidente de acreedores debe ser íntegramente satisfecha antes de que una clase de peor rango pueda recibir cualquier pago o mantener cualquier participación en el capital bajo el plan de reestructuración, con contadas excepciones. Piénsese, por ejemplo, en supuestos en que resulte imprescindible mantener a los socios en su lugar por el valor que aportarán post-reestructuración para la viabilidad de la compañía. En los casos de pymes, sin embargo, basta con que se cumpla la **regla de la prioridad relativa** conforme a la cual las clases de acreedores que aprueban el plan han de recibir un trato simplemente más favorable (y no necesariamente el cobro íntegro) que cualquier otra clase de rango inferior.

¿En qué supuestos no se podrá imponer a los socios el contenido de un plan de reestructuración, incluso aunque los socios se encuentren fuera del dinero? O, dicho de otro modo, ¿cuándo se requiere, en todo caso, que haya **conformidad del deudor o los socios del deudor para la homologación de los planes de reestructuración**? En cuatro supuestos:

- En los casos en que no exista insolvencia actual o inminente (es decir, mera probabilidad de insolvencia).

- En los casos en que el deudor sea un empresario persona natural.
- En los casos en que el deudor sea una pyme (empresas con menos de 50 trabajadores y con un volumen de negocios anual inferior a 10.000.000 euros) o una microempresa (menos de 10 trabajadores y volumen de negocios anual inferior a 700.000 euros o pasivo inferior a 350.000 euros), siempre que no pertenezca a un grupo.
- En caso de que haya socios legalmente responsables de las deudas sociales.

En cualquier otro supuesto, y especialmente, en los casos de insolvencia inminente o actual, los socios podrán ser arrastrados por otras clases de acreedores -a través del también novedoso instituto de arrastre entre clases- y el plan de reestructuración ser **homologado por el juez con efectos inmediatos** para acreedores, deudor y sus socios, aunque el auto de homologación no sea firme. Los administradores tendrán las facultades necesarias para llevar a cabo los actos de ejecución del plan, incluyendo las modificaciones estatutarias que fueran precisas (por ejemplo, operaciones de reducción del capital a cero y aumentos de capital por capitalización de créditos sin derecho de suscripción preferente a favor de socios pre-existentes), que serán inscribibles directamente en el Registro Mercantil; y todo ello, aunque la junta de socios no hubiera acordado las medidas en cuestión.

El socio tendrá la posibilidad de **impugnar el auto de homologación** -u oponerse a esta si es que se solicita el trámite de contradicción previa- siempre que haya votado en contra del acuerdo de la junta requerido por las medidas contenidas en el plan de reestructuración.

¿Y qué puede alegar el socio como motivos para impugnar? Los socios podrán alegar, entre otras causas: (a) que el plan no ofrece una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa; y/o (b) que, conforme al plan, una clase de acreedores afectados va a recibir derechos acciones o participaciones con un valor superior al importe de sus créditos, esto es, que algunos acreedores van a recibir más de lo que les corresponde. En este último supuesto, el plan implicaría una falta de equidad para los socios a quienes, a pesar de pertenecer al rango concursal más bajo (serían la clase más *junior*), no se les estaría reconociendo su interés económico en la compañía.

Así las cosas, estamos ante un cambio relevante en las dinámicas de negociación de las futuras reestructuraciones, al ser en determinados escenarios la aproximación del nuevo texto legal más favorable a los acreedores que hasta ahora.

Desde el punto de vista de los socios de las empresas familiares, la anticipación estratégica, como siempre, será aún más crucial si cabe. En efecto, la negociación con los acreedores tendrá unas dinámicas muy distintas según se esté en estado de insolvencia o en mera probabilidad de insolvencia. Además de ello, al ser más técnico el terreno de juego, será importante contar con el debido asesoramiento por parte de los profesionales adecuados para valorar, ya antes o durante las negociaciones, la necesidad de distintas medidas flanqueadoras, como la solicitud de formación judicial previa de clases, el nombramiento de experto en la reestructuración o la comunicación de apertura de negociaciones (con su moratoria asociada sobre las ejecuciones de acreedores).

En definitiva, las sociedades que se anticipen a sus dificultades financieras podrán lograr llevar a cabo reestructuraciones que solo afecten a sus acreedores, mientras que aquellas que no se anticipen lo suficiente correrán el riesgo de ver cómo la reestructuración afecta a toda la estructura de capital o de propiedad, socios incluidos.

### 1.3 La retribución de los administradores de una sociedad puede cumplir con la normativa mercantil aunque los estatutos no concreten la cuantía

#### Francisco Martínez Iglesias

**Una reciente sentencia de la Audiencia Nacional admite la deducibilidad de la retribución de los administradores en un caso cuya dirección letrada ha correspondido a Garrigues y en el que la empresa no había especificado las cuantías en los estatutos sociales. El tribunal se aleja así de criterios excesivamente formalistas.**

Todo pronunciamiento judicial en materia de retribución de administradores puede merecer nuestra atención, por tratarse esta de una cuestión recurrente en el seno de la vida societaria de las empresas y dada su complejidad, en la medida en que una adecuada aproximación a tal materia requiere conjugar aspectos mercantiles, fiscales y de carácter laboral.

Por ello merece la pena destacar que la Audiencia Nacional, en [sentencia de 21 de septiembre de 2022, que trae causa de un procedimiento cuya dirección letrada ha correspondido a Garrigues](#) (comentada de forma breve en nuestra [alerta de 19 de octubre de 2022](#)), ha venido a aceptar que un determinado artículo estatutario que regula la retribución de los administradores cumple con los requisitos de fijar el sistema de retribución “con claridad y precisión” sin que en dichos estatutos se previeran importes concretos, sino que se establecían remisiones a las correspondientes aprobaciones de los órganos de decisión de la sociedad (junta general de socios y consejo de administración).

Si bien es cierto que la sentencia en cuestión recae sobre una sociedad cotizada, sus conclusiones son en buena medida extrapolables a sociedades no cotizadas del ámbito de la empresa familiar.

Los estatutos objeto de la sentencia preveían el carácter remunerado del cargo de administrador, estableciendo un sistema retributivo distinto en función de si los consejeros ejercían o no funciones ejecutivas, y sin fijar importes concretos en ninguno de los casos, tal y como se ha indicado anteriormente, sino una remisión a los oportunos acuerdos de la junta general o del consejo de administración, según el caso, para su determinación y distribución entre los consejeros.

En la sentencia objeto de análisis, la Audiencia Nacional acepta que el sistema de retribución recogido en los estatutos analizados cumple con la normativa mercantil, realizando las siguientes reflexiones principales (soportadas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo):

- (i) La norma mercantil concede un amplio margen de libertad para fijar en los estatutos el sistema de retribución y que este pueda ser considerado como claro y preciso.

Incide la sentencia en que la finalidad principal a proteger en esta materia es el interés de los accionistas, potenciando la máxima información a los accionistas presentes y futuros.

- (ii) Si los estatutos fijan el carácter retribuido del cargo de administrador y se establecen un conjunto de reglas encaminadas a determinar esa retribución, la regulación debe considerarse conforme con la normativa mercantil, aunque la concreción de su cuantía se deje a la junta general o al consejo de administración.

A este respecto, la sentencia confirma expresamente haber acreditado la existencia de los acuerdos de la junta general aprobando la retribución en los términos previstos en los estatutos, lo que resulta un elemento clave a tener en cuenta, como es la correcta implementación posterior de las actuaciones previstas en los estatutos.

- (iii) Por último, la sentencia descarta que una previsión estatutaria que distinga entre la retribución de consejeros ejecutivos y no ejecutivos suponga que las retribuciones incumplan la normativa mercantil, considerando que esta cuestión no es relevante para enjuiciar la legalidad de la retribución.

En relación con este punto, la sentencia analizada valida la regulación estatutaria que recoge la diferenciación entre retribución de consejeros en su condición de tales y retribución de consejeros ejecutivos, en línea con la nueva regulación legal introducida en su día por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modificó la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (**Ley 31/2014**).

Las anteriores reflexiones sirven para ir aquilatando un poco más el régimen mercantil de retribución de administradores, tras el impacto en la materia que tuvo la reforma efectuada en virtud de la Ley 31/14 y la posterior doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) y determinados pronunciamientos de los tribunales, señaladamente la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 que, recordemos, considera que el sistema diseñado por la vigente Ley de Sociedades de Capital (**LSC**) tras la reforma de la Ley 31/2014 se estructura en tres niveles derivados principalmente del artículo 217 de la LSC, que aplican a todas las funciones de los administradores (funciones de administrador como tal -principalmente, deliberativas y representativas- y funciones ejecutivas):

- (i) Un primer nivel, que se encuentra en los estatutos de la sociedad que han de establecer el carácter gratuito o remunerado del cargo de administrador; y, en este último caso, el sistema de retribución que determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores.
- (ii) Un segundo nivel, donde estarían los acuerdos de la junta general, a través de los que se deberá establecer el importe máximo de la remuneración anual de los administradores y, en su caso, la política de remuneraciones.
- (iii) Y un tercer nivel, que representaría el acuerdo del órgano de administración, en aquellos supuestos en los que la junta general no hubiese dispuesto otra cosa respecto del reparto o distribución de la remuneración acordada por la junta general entre los distintos administradores en función de su desempeño durante el ejercicio en cuestión.

Finalmente, el artículo 249 de la LSC contendría las especialidades (adicionales) aplicables específicamente a los miembros de un consejo de administración con funciones ejecutivas, los cuales deberán firmar un contrato aprobado por el consejo con mayoría reforzada de dos tercios (sin intervención del consejero afectado), pero cuyo contenido ha de ajustarse al marco estatutario y al importe máximo anual fijado por la junta general.

No obstante, un análisis prudente de la situación aquí expuesta nos lleva a recordar que, por un lado, la sentencia de la Audiencia Nacional analizada en este artículo **aún no es firme** y, por otro lado, que la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 antes referida no constituye jurisprudencia por tratarse del primer pronunciamiento en este sentido y no haber sido dictada por el Pleno de la Sala, debiendo atenderse en ambos casos a los antecedentes de los supuestos de hecho de los que ambas sentencias traen causa.

Se hace pues necesario un análisis individualizado de cada caso concreto para adoptar las medidas que, según proceda, permitan a las sociedades adaptarse a las exigencias que aplican actualmente a la regulación mercantil de la retribución de administradores, sin olvidar, como hemos indicado, las vertientes fiscal y laboral de esta materia, lo que redunda en la necesidad de su análisis por un equipo multidisciplinar a la vez que altamente especializado.

## 1.4 La controvertida aplicación de la regla de proporcionalidad en el régimen de empresa familiar

Ana Fernández Villalta y Antonio Viñuela Llanos

**La revisión periódica del importe de activos afectos es crítica para la correcta aplicación de los beneficios fiscales de la empresa familiar.**

La aplicación de los beneficios fiscales del conocido como régimen de empresa familiar plantea numerosas cuestiones controvertidas en cuanto a su alcance y requisitos. Nos referiremos aquí a los efectos de la aplicación de la llamada regla de proporcionalidad y, en concreto, a cómo se aplica esta regla en el caso específico de acciones o participaciones en sociedades.

La regla de proporcionalidad hace referencia al grado en el que se pueden aplicar los beneficios del régimen de la empresa familiar, y que dependen de la “proporción” que representen los activos afectos a actividades empresariales (minorados en las deudas derivadas de esas actividades) sobre el patrimonio neto total. Es decir, una vez que se haya concluido que se puede acceder al régimen de empresa familiar porque se dan los requisitos generales para determinar que una sociedad no es “patrimonial” a estos efectos, es decir, que no tiene por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, la proporción indicada determinará el alcance cuantitativo de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP), la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) y (con ciertas dudas) la no tributación en el IRPF en el caso de donaciones.

Por un lado, la Ley 19/1991, de 6 de junio, reguladora del IP, establece expresamente en su artículo 4 que la exención de las participaciones en entidades en las que sea de aplicación el régimen de empresa familiar se debe aplicar de forma proporcional, “en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad, aplicándose estas mismas reglas en la valoración de las participaciones de entidades participadas para determinar el valor de las de su entidad tenedora”.

Por su parte, la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del ISD, remite en los apartados 2 y 6 de su artículo 20 al citado precepto de la Ley del IP para la aplicación de la reducción del 95% sobre el valor de los bienes recibidos, en los casos de transmisión de participaciones *mortis causa* o *inter vivos* (en favor del cónyuge, descendientes o adoptados) de, entre otras, participaciones en entidades. En las normas autonómicas (que introducen en algunos casos mejoras sobre el contenido del régimen general) existe una remisión similar.

Durante mucho tiempo se vino cuestionando si la remisión que la Ley de ISD hacía a la Ley de IP implicaba también necesariamente la extrapolación al ámbito del ISD de la limitación proporcional a la exención existente en el IP, de tal forma que la citada reducción del 95% (en casos de donación o transmisión vía sucesión de participaciones en empresas familiares) se aplicara de forma proporcional en función del porcentaje de los activos afectos a la actividad empresarial en relación con el activo total de las entidades cuya participación era objeto de transmisión. Esta duda surgía porque, a pesar de la remisión de la norma del ISD a la del IP, en esa remisión no se hace referencia expresa a este criterio de proporcionalidad.

La duda fue resuelta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de julio de 2015, en la que concluyó que la reducción del ISD es igualmente proporcional a los activos afectos. El tribunal afirmó concretamente que “en la medida en que la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio se reconoce a los bienes y derechos necesarios para el ejercicio de una actividad

empresarial o profesional, con aplicación del principio de proporcionalidad -este particular se da por supuesto en la sentencia de contraste-, es claro que debe aplicarse en el Impuesto de Sucesiones la misma regla y criterio “, y añadiendo que “por otra parte, más que fijarse en la finalidad de los Impuestos sobre el Patrimonio y sobre Sucesiones y Donaciones, lo que ha de hacerse es tener en cuenta el objetivo perseguido por el legislador para atribuir el beneficio fiscal de la exención o bonificación y éste no es otro que el de favorecer a los bienes y derechos que estén afectos a una actividad económica y la continuidad de dicha situación”.

Con base en el contenido de dicha sentencia, la doctrina administrativa y las resoluciones de los tribunales económico-administrativos han seguido esta misma línea.

Cuestión aparte, para el caso específico de donaciones, es el tratamiento que se debe dar en el IRPF. La Ley de IRPF establece que no se generará alteración patrimonial en las donaciones de (entre otras) participaciones en entidades, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la norma del ISD para aplicar la reducción de empresa familiar. No obstante, nada dice la norma respecto de si la no sujeción de la ganancia es total, una vez cumplidos los requisitos del régimen de empresa familiar, o si deberá ser parcial en la proporción que representen los activos necesarios para la actividad (minorados en las deudas derivadas de ella) sobre el patrimonio neto total.

Aunque existen algunos pronunciamientos de la DGT que abogarían por el criterio proporcional y que encuentran sustento en el antecedente del criterio fijado por el Tribunal Supremo respecto al ISD, la configuración del beneficio fiscal en el IRPF, en el que la no sujeción de la renta para el donante lleva aparejada la congelación de valor para el donatario, permite considerar que el debate no esté definitivamente cerrado.

Dicho lo anterior, y sea esta regla de proporcionalidad o no aplicable (según el impuesto), tampoco hay claridad sobre cómo se debe calcular esa proporción y si el criterio debe ser igual a efectos de todos los impuestos. Entre otras controversias, se plantea qué valores se deben utilizar para la determinación de dicha proporción (valores reales vs. valores contables), o qué cuentas de la entidad participada se deben utilizar (individuales vs. consolidadas); qué activos se deben considerar necesarios, existiendo una problemática de sobra conocida en función del tipo de activos (inmuebles, valores, préstamos intragrupo), la actividad desarrollada por la entidad, la tenencia de tesorería, etc. o, finalmente, qué deudas se han de tener en cuenta para el cálculo de la referida proporción.

Por todo ello, debemos insistir en la importancia de llevar a cabo periódicamente (a los efectos del IP y para prever consecuencias en el ISD y/o en el IRPF en una posible transmisión vía sucesión o donación) un análisis detallado de la composición de los activos y pasivos del balance de la sociedad familiar para determinar su afectación. Y todo ello, si cabe, con una mayor relevancia cuando, como parece, se va a aprobar el anunciado Impuesto de Solidaridad de las Grandes Fortunas que, como no puede ser de otra manera, debería respetar en su aplicación el régimen de empresa familiar.

## 2. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

### 2.1 Mercantil y civil

#### 2.1.1 El administrador único que dimite, además de estar obligado a convocar junta general para nombrar nuevo administrador, debe requerir la presencia de notario, en caso de solicitarse por un socio legitimado para ello

##### **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, número 561/2022, de 12 de julio de 2022**

En un supuesto de una sociedad de responsabilidad limitada formada por dos socios, el administrador único -a su vez, socio minoritario- convoca junta general para nombrar nuevo administrador y dimite de su cargo. El socio mayoritario, solicita la presencia de notario en dicha junta, lo cual es rechazado por el administrador renunciante, alegando haber cesado ya en su cargo.

El registrador mercantil rechaza la inscripción de la escritura pública de renuncia del administrador único exigiendo a tal efecto la constancia del acuerdo de cese en acta notarial (artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital). La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) revoca la decisión del registrador mercantil y acepta la inscripción al considerar que el administrador renunciante cumplió con la exigencia de convocar la junta para el nombramiento de nuevo administrador, sin que tal circunstancia pueda quedar empañada por consideraciones relativas al documento en el que el socio mayoritario manifiesta haber solicitado la presencia de notario en la junta, porque no puede ser tomado en cuenta para la calificación de otro documento -como el relativo a las alegaciones del socio mayoritario sobre su solicitud de levantamiento de acta notarial de la junta general- que no causó un asiento de presentación en el Diario del Registro y porque no puede el registrador en su calificación tomar en consideración informaciones extrarregistrales.

El socio mayoritario interpone una demanda contra dicha resolución argumentando que no era posible la inscripción de la renuncia del administrador único en un caso en el que la sociedad se quedaba sin órgano de administración. Tanto en primera como en segunda instancia se confirma el criterio de la Dirección General.

Planteado recurso de casación ante el Tribunal Supremo, este da la razón al socio mayoritario demandante. Así, siguiendo su jurisprudencia anterior, concluye que el administrador que dimite, sin que haya otros administradores que permanezcan, “está obligado a convocar la junta para cubrir la vacante y atender, en el interregno, a las necesidades de la gestión y representación”, entre las que se encontraría, en este caso, la de solicitar y requerir la presencia de notario en dicha junta, de acuerdo con la solicitud realizada por el socio mayoritario. En consecuencia, dado que no se cumplieron las exigencias legales correspondientes, los acuerdos adoptados en la junta en cuestión devinieron ineficaces.



### 2.1.2 Es contrario a la buena fe denegar la asistencia y voto a un socio en una junta general porque no se cumplen los requisitos legales o estatutarios de representación voluntaria, si en juntas precedentes se ha aceptado esa misma representación

#### **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, número 536/2022, de 5 de julio de 2022**

El Tribunal Supremo analiza un supuesto en el que los presidentes de las juntas generales de dos sociedades de responsabilidad limitada rechazan la asistencia y voto de dos socios, por considerar que las representaciones voluntarias otorgadas por ambos no cumplían con los requisitos legales y estatutarios. En una de las sociedades, los estatutos nada decían sobre el particular, rigiendo, en consecuencia, las reglas legales de representación voluntaria para este tipo social. En la otra sociedad, los estatutos permitían al socio ser representado por cualquier persona, siempre que constase la representación en documento público y fuera conferida con carácter especial para cada junta. Ambos socios fueron representados por terceros apoderados en documento privado.

El Alto Tribunal no entra en si tanto en uno como en otro caso se incumplían las normas legales y estatutarias de representación, sino que se centra en el hecho de que la misma representación había sido admitida en otras juntas precedentes sin objeciones. Así, la Sala determina que la sorpresiva exigencia de representación adecuada a la ley y a los estatutos, impidiendo a los demandantes ejercitar su derecho y asistencia, cuando en juntas anteriores se había admitido la representación otorgada en documento privado, constituye un acto contrario a la buena fe y a los actos propios y, por tanto, se declara la nulidad de todos los acuerdos adoptados en dichas juntas.

En resumen, en palabras del Tribunal Supremo, se pueden adecuar las exigencias de asistencia a lo previsto en la ley y los estatutos después de haber mantenido un criterio diferente para otras juntas, pero lo que no se puede es generar la confianza en los socios en que se puede acudir representados por terceros que acrediten su representación en documento privado y negar tal derecho en el momento de constitución de las juntas generales, sin margen de reacción. Ello es contrario a la buena fe e invalida los acuerdos aprobados en esa junta.

### 2.1.3 Cuando una comunidad de bienes es socia de una sociedad limitada sus comuneros solo podrán impugnar los acuerdos sociales de la sociedad cuando sea en defensa de los intereses de la comunidad de bienes

#### **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 8682/2022, de 27 de junio de 2022**

Se analiza un supuesto de falta de legitimación del comunero miembro de una comunidad hereditaria para, en su propio nombre y derecho y en beneficio de la comunidad, impugnar unos acuerdos sociales, impugnación con la que se persigue obtener unos estados contables adecuados a la imagen fiel de la empresa.

La audiencia provincial entiende que la legitimación de la integrante de la comunidad hereditaria encuentra sustento en el artículo 206.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que confiere dicha legitimación a los terceros con interés legítimo. El Tribunal dirime acerca de los límites en que el comunero postula en defensa del interés de la comunidad.

Así, la resolución concreta que, al responder la actuación del comunero a un interés objetivo, directo e inmediato de la comunidad hereditaria se puede afirmar que es titular de legitimación para actuar en la defensa del interés de dicha comunidad como socia de la sociedad.

#### 2.1.4 Adjudicación de participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada, titularidad de otra sociedad de responsabilidad limitada que se liquida y se extingue: ¿transmisión *inter vivos* o *mortis causa*?

##### **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, número 531/2022, de 5 de julio de 2022**

En el marco de la disolución, liquidación y extinción de dos sociedades de responsabilidad limitada, se adjudicaron a favor de sus dos socios únicos (personas físicas) participaciones sociales de otra sociedad de responsabilidad limitada, ante lo cual se solicita por esta última, se declare la ineficacia de dichas transmisiones, por contravenir lo establecido en sus estatutos sociales y en la Ley de Sociedades de Capital.

En particular, la controversia giraba en torno a si las referidas transmisiones de participaciones sociales constituían una transmisión *inter vivos*, sujeta a los eventuales derechos de adquisición preferente y a la autorización de la sociedad (cuyas participaciones fueron objeto de transmisión), o si, por el contrario, se trataba de una transmisión *mortis causa*, que era libre, requiriéndose únicamente la comunicación de la transmisión al órgano de administración que, en el presente caso, se había realizado.

Para resolver esta cuestión la Audiencia Provincial de Madrid atiende a la literalidad del artículo 188.4 del Reglamento del Registro Mercantil, que establece que “las adquisiciones de participaciones sociales que tengan lugar como consecuencia de las adjudicaciones efectuadas a los socios en la liquidación de la sociedad titular de aquellas, se sujetarán al régimen estatutario previsto para la transmisión *mortis causa* de dichas participaciones”. En consecuencia, concluye que las transmisiones derivadas de las liquidaciones referidas quedaban sujetas al régimen de transmisiones *mortis causa* y, por tanto, eran libres, siendo suficiente la comunicación por los socios adquirentes al órgano de administración de la sociedad demandante.

Pero, a mayor abundamiento, continua la audiencia diciendo que, en el caso en cuestión, incluso aunque las referidas transmisiones se calificasen como transmisiones *inter vivos*, estas serían libres igualmente, pues conforme al artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital, la transmisión de participaciones sociales en favor de sociedades del mismo grupo es libre, y, en el presente caso, las sociedades liquidadas y extinguidas conformaban grupo con sus respectivos socios únicos, en tanto que titulares de la totalidad del capital social.

### 2.1.5 La recepción del emplazamiento para contestar una demanda por un familiar del administrador en el domicilio de dicho administrador y no en el domicilio social de la sociedad es válida y no supone una infracción de normas y garantías procesales

#### **Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 1873/2022, de 7 de julio de 2022**

Esta resolución dirime acerca de la infracción de normas y garantías procesales en el emplazamiento para contestar una demanda realizado en la instancia, alegando la mercantil recurrente que no se llevó a cabo en el domicilio social de la sociedad de responsabilidad limitada demandada sino en el domicilio de su administrador siendo recogida por persona distinta a dicho administrador.

Respecto a la entrega del emplazamiento en lugar diferente al del domicilio social se remite el tribunal al artículo 155 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo apartado 3º se recoge que “si la demanda se dirigiese contra una persona jurídica, podrá igualmente remitirse al domicilio de cualquiera que aparezca como administrador...”, debiendo la sala desestimar dicho motivo.

El tribunal de apelación expone el error de la recurrente al pretender que la entrega realizada en el domicilio social a la hija del administrador de la sociedad enjuiciada no es válida, destacando además el hecho de que la hija del administrador recibió una comunicación por correo en nombre de la sociedad en dos ocasiones anteriores, no rehusando en ningún caso tal recepción.

### 2.1.6 En una junta universal y por unanimidad es posible establecer que el contenido de la cuota de liquidación se pueda satisfacer con bienes no dinerarios, incluidos los bienes inmuebles

#### **Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 21 de junio de 2022**

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) considera inscribible un acuerdo de modificación de estatutos en sede de una sociedad de responsabilidad limitada, adoptado en junta general universal por unanimidad, por el que se establece que con la mayoría prevista en el artículo 199 de la Ley de Sociedades de Capital, en el supuesto de liquidación de la sociedad, el pago de todo o parte de la cuota de liquidación al socio se pueda satisfacer mediante la entrega de bienes no dinerarios, incluida también la entrega de inmuebles o partes indivisas de estos.

El registrador mercantil había rechazado su inscripción al considerar que la cláusula en cuestión era contraria a la norma legal imperativa que dispone que los socios, salvo acuerdo unánime, tendrán derecho a percibir en dinero la cuota resultante de la liquidación.

La Dirección General, sin embargo, revoca la decisión del registrador fundando su argumentación en que el mismo artículo que sirve como base de fundamentación para el registrador para denegar la inscripción, permite que estatutariamente se prevea que a alguno o varios socios les sea satisfecha la cuota de liquidación mediante la devolución de aportaciones no dinerarias o la entrega de otros bienes sociales. Así, con base en el principio de autonomía de la voluntad y habiéndose adoptado el acuerdo con el consentimiento de todos los socios (*i.e.* unanimidad) el centro directivo admite la validez de la cláusula debatida.

### 2.1.7 La DGSJFP establece los requisitos para la validez de las desconvocatorias de las juntas generales y determina que los acuerdos adoptados en una junta general desconvocada son nulos y, por tanto, no inscribibles

#### **Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 10 de junio de 2022**

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública resuelve un recurso interpuesto contra la nota de calificación de un registrador mercantil que deniega la inscripción de una escritura pública con unos acuerdos de cese de dos administradores de una sociedad limitada y nombramiento de dos nuevos. Notificados notarialmente los anteriores administradores, ambos afirman que la junta fue desconvocada y acreditan la falta de autenticidad de los nombramientos de los nuevos administradores. El registrador mercantil admitió con base en los hechos alegados por los anteriores administradores que, efectivamente, la junta había sido desconvocada y, en consecuencia, denegó la inscripción de la escritura.

Contra esta calificación la sociedad recurre expresando que la junta fue convocada, se celebró y adoptó los acuerdos que se certifican; y que la oposición de los anteriores administradores era insuficiente para suspender la inscripción de la escritura.

El centro directivo resuelve que aunque la desconvocatoria no está regulada en la normativa mercantil, tanto el Tribunal Supremo como la doctrina del propio centro directivo han admitido su validez, siempre y cuando se acoja a los mismos requisitos de publicidad que la convocatoria de la junta, esto es, que se realice por el órgano de administración y por el mismo medio que la convocatoria (en el caso en cuestión, escrito remitido por burofax), y se remita con una antelación que permita su recepción antes del día programado. Cumplidos los requisitos anteriores, y, quedando a salvo el supuesto de la junta universal, los acuerdos adoptados en junta general desconvocada deberán estimarse nulos y, por tanto, no podrán inscribirse.

## 2.2 Tributario

### 2.2.1 ISD. El Tribunal Supremo se pronunciará sobre si, para aplicar la reducción de empresa familiar en la donación de una empresa familiar a un hijo, basta con que el requisito de edad lo cumpla uno de los cónyuges

#### **Tribunal Supremo. Auto de 13 de julio de 2022.**

En este caso, se analiza la donación de un matrimonio a su hijo de las participaciones en una entidad. Los cónyuges donantes estaban casados en régimen de gananciales y las participaciones donadas tenían carácter ganancial.

El hijo (donatario) aplicó la reducción de empresa familiar en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD).

En el momento de la donación, uno de los cónyuges donantes cumplía el requisito de tener 65 años o más para poder aplicar la reducción de empresa familiar, mientras que el otro cónyuge donante no cumplía este requisito (tenía 63 años).

Con estos antecedentes, el Tribunal Supremo se pronunciará sobre si el requisito de tener 65 años o más para poder aplicar la reducción de empresa familiar a la donación de una empresa familiar debe considerarse: (i) tomando como referencia el “grupo familiar”, es decir basta con que este requisito lo cumpla uno de los cónyuges donantes, o (ii) si, por el contrario, es necesario que este requisito lo cumpla cada uno de los cónyuges de forma separada.

### 2.2.2 ISD. En caso de extinción del usufructo, se aplica la normativa vigente en el momento del desmembramiento a la totalidad de la liquidación, deducciones y bonificaciones incluidas

#### **Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares. Sentencia de 4 de octubre de 2022.**

En el caso enjuiciado, en el momento en que se adquirió la nuda propiedad del bien por herencia estaba vigente una deducción autonómica que limitaba la tributación al 1%, deducción que, sin embargo, ya no existía en el momento en que falleció el usufructuario y el nudo propietario consolidó el pleno dominio.

Hay que recordar que el artículo 26 c) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD) establece que en la extinción del usufructo se exigirá el impuesto según el título de constitución, aplicando el tipo medio efectivo de gravamen correspondiente a la desmembración del dominio.

La Hacienda balear interpretó dicho artículo entendiendo que la aplicación de la normativa vigente en el momento del desmembramiento del dominio se limitaba solo y exclusivamente al tipo medio efectivo, no aceptando la aplicación de la deducción autonómica reseñada vigente en dicho momento.

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares considera que la interpretación que ha de realizarse del artículo 26 c) de la LISD no permite limitar la aplicación de la normativa vigente en el momento del desmembramiento exclusivamente a la obtención del tipo medio efectivo de gravamen aplicable, sino que debe extenderse a la totalidad de la liquidación (deducciones y bonificaciones incluidas), motivo por el que anula la liquidación recurrida.

### 2.2.3 IRPF. El donante puede compensar la pérdida patrimonial derivada de la donación de un inmueble

#### **Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sentencia de 28 de septiembre de 2022.**

De acuerdo con lo dispuesto en la normativa del IRPF, cualquier transmisión lucrativa (como lo es una donación) conlleva una variación en el patrimonio del donante de la que va a derivar una alteración patrimonial por diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión de lo donado.

Sin embargo, la Ley del IRPF (LIRPF) establece que no se computarán como pérdidas patrimoniales las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades, aunque se ha venido discutiendo en los últimos tiempos el alcance de esta regla.

El Tribunal Económico Administrativo Regional de Valencia (TEARV), en su resolución de 30 de septiembre de 2019, resolvió que, cuando se realiza una transmisión a título lucrativo, la pérdida económica que se produce por la salida del bien del patrimonio del donante no es deducible (si, por ejemplo, se dona un bien cuyo valor es 100, el donante no puede deducir una pérdida de 100). No obstante, según el TEARV sí se puede deducir la denominada pérdida fiscal, que es la que se genera por la diferencia entre ese valor de mercado y el valor de adquisición del bien donado (en el mismo ejemplo, si el bien donado que vale 100 costó al donante 60, la pérdida fiscal de 40 sí sería deducible).

No obstante, el Tribunal Económico Administrativo Central, en su resolución de 31 de mayo de 2021, corrigió el criterio sentado por el TEARV, volviendo a la interpretación tradicional basada en la literalidad de la norma, rechazando la posibilidad de aprovechar en el IRPF cualquier pérdida que se ponga de manifiesto como consecuencia de una donación.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana considera en esta sentencia que, una interpretación sistemática y lógica del artículo 33.5 de la LIRPF debe suponer que un contribuyente pueda compensar la pérdida fiscal derivada de la donación de un inmueble, desmarcándose así del criterio indicado del TEAC.

En este sentido, afirma que sería manifiestamente contrario a los principios de equidad y capacidad contributiva hacer tributar por las ganancias puestas de manifiesto en una transmisión lucrativa, pero, en cambio, no permitir la deducción de las pérdidas que este tipo de transmisiones pueda generar.

#### 2.2.4 IP. A efectos de aplicar el régimen de empresa familiar, una sociedad realiza una actividad económica de forma “indirecta” cuando financia la actividad económica de otra compañía, estando ambas sociedades participadas por personas del mismo grupo familiar

##### **Tribunal Superior de Justicia de la Castilla y León. Sentencia de 17 de marzo de 2022.**

Se analiza el supuesto de varias entidades participadas por personas del mismo grupo familiar. Una de estas entidades se dedica a la financiación al resto de sociedades, que se materializa en préstamos que las receptoras utilizan en el desarrollo de sus actividades económicas de promoción inmobiliaria.

La Inspección considera que la entidad que concede la financiación al resto de compañías únicamente realiza una actividad de gestión financiera de un patrimonio mobiliario. Es decir, que no realiza ninguna actividad económica y, por lo tanto, no le puede ser de aplicación el régimen de empresa familiar en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP).

De acuerdo con los antecedentes, la sociedad que concede financiación al resto de entidades también incluye en su objeto social la venta, construcción y promoción inmobiliaria.

El tribunal concluye que se debe reconocer que la sociedad que concede la financiación sí lleva a cabo una actividad económica, mediante la concesión de préstamos remunerados a otras entidades del grupo. Así, entiende que la actividad económica que realiza esta entidad no es ajena a su objeto social, ya que se puede realizar de forma “indirecta” a través de otras sociedades del grupo, tal y como se admite en sus estatutos.

#### 2.2.5 ISD. La reducción de empresa familiar se puede aplicar sobre el valor de las participaciones correspondiente a los activos financieros de la entidad, si se prueba que están afectos al desarrollo de la actividad empresarial en atención a las circunstancias concretas del sector

##### **Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sentencia de 2 de marzo de 2022.**

Se discute en este recurso si, en la herencia de participaciones en una entidad, es procedente aplicar la reducción de empresa familiar en el ISD a la parte del valor de dichas participaciones que se corresponde con las inversiones financieras a corto plazo que constan en el balance de la compañía.

En este caso, la Administración regularizó entendiendo que el exceso de tesorería e inversiones financieras no se podía considerar afecto a la actividad, al no estar destinado a un plan de inversiones, basándose para ello en una serie de ratios estándar (ratio de tesorería, ratio de liquidez y ratio de disponibilidad) sin tener en cuenta las particularidades del sector en el que se encuentra la sociedad.

Sin embargo, los recurrentes entendían que dichos activos financieros sí eran necesarios para la actividad, dadas las particularidades del sector de actividad y las necesidades de liquidez que requiere (sector auxiliar de automoción). Como prueba de ello aportaron los resultados de las ratios utilizadas por la Administración e indicadores de las bases de datos del Banco de España en relación con otras sociedades relevantes del sector, acreditando que la sociedad se encuentra en la media del sector.

El tribunal concluye que, pese a que las circunstancias concretas que se alegan como propias del sector no han sido corroboradas a través de un informe pericial, se muestran como justificativas de la notable diferencia entre la ratio calculada por la Administración y la ratio media del sector, debiendo estimarse afectos dichos activos a la actividad y, por tanto, estimando el recurso.

## 2.2.6 IP. Importancia de la prueba para acreditar la afectación a la actividad empresarial de los préstamos a empresas vinculadas y de las inversiones financieras

### **Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sentencia de 3 de mayo de 2022.**

En esta sentencia se abordan varias cuestiones interesantes sobre la declaración en el Impuesto sobre el Patrimonio de participaciones en sociedades y la exención de empresa familiar.

En primer lugar, se plantea el carácter ganancial o privativo de una serie de acciones, al existir documentos contradictorios al respecto. En este caso opera la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil, al no existir una prueba concluyente de que sean privativas de uno de los cónyuges.

Por otro lado, se valora la afección de una serie de préstamos efectuados a favor de entidades vinculadas. En este supuesto concreto, no se reconoce tal condición al no haber sido acreditado que los préstamos eran necesarios para la obtención de rendimientos de la actividad (de hecho, no había producido rendimientos en los ejercicios investigados) y no incluir los estatutos en su objeto social la concesión de préstamos a favor de terceros ni empresas vinculadas.

Finalmente, se analiza la afección de inversiones financieras aplicadas a la adquisición de derechos de pesca. En este sentido, el tribunal considera que el actor no aportó ningún informe pericial ni probó que se trate de inversiones imprescindibles para el desarrollo de la actividad empresarial, por lo que mantiene la consideración de no afectos otorgada por la Administración.

## 2.2.7 ISD. La nulidad de una liquidación declarada por el TEAR se extiende también a los coherederos que no la impugnaron

### **Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sentencia de 28 de enero de 2022.**

Un heredero presentó una solicitud de declaración de nulidad del pleno derecho (artículo 217 de la LGT) en relación con una liquidación del Impuesto sobre Sucesiones que fue revocada por el TEAR de Galicia tras ser impugnada por otros coherederos.

Tras haber sido desestimada dicha solicitud por el consejero de Hacienda de la Xunta de Galicia, el heredero perjudicado presentó recurso contencioso administrativo del que trae causa la sentencia aquí comentada.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia concluye, sobre la base de jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 19 de febrero de 2018), que, en caso de que uno de los coherederos haya obtenido una resolución estimatoria del TEAR que anule la liquidación del Impuesto sobre Sucesiones impugnada, procede una suerte de extensión de efectos a aquellos coherederos que se encontraran en la misma situación material pero que no hubieran impugnado dicha liquidación, declarando la concurrencia de la causa de nulidad



prevista en el artículo 217 de la LGT, y justificando su criterio en los principios constitucionales de igualdad en aplicación de la ley, igualdad ante la ley, buena fe y de objetividad en la actuación administrativa.

## 2.2.8 IP. Modelo 720. Los productos financieros de ahorro para jubilación IRA no se consideran planes de pensiones a efectos de la exención en el IP, y se deben declarar en el Modelo 720

### **Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V1291-22, de 7 de junio de 2022.**

Un nacional estadounidense con residencia fiscal en España es titular de dos productos financieros de ahorro para su jubilación, contratados en EE.UU., denominados IRA y ROTH IRA. Según la consulta, los productos IRA (*Individual Retirement Arrangements*) son planes individuales de pensiones que permiten efectuar inversiones con tributación diferida para proporcionar seguridad financiera en el momento de jubilación. La DGT analiza, entre otros, la tributación de las prestaciones recibidas de estos productos en el IRPF, su tributación en el IP, y la obligación de informar en el Modelo 720.

De conformidad con el Convenio suscrito entre España y Estados Unidos, las rentas derivadas del producto IRA se someterán exclusivamente a tributación en EE.UU., en la medida en que se encuentra vinculado al trabajo del contribuyente como funcionario de ese país. Por el contrario, las rentas derivadas del producto ROTH IRA se gravarán exclusivamente en España, pues no están vinculadas al empleo, sino que proceden de ahorros del contribuyente. Las rentas que obtenga como consecuencia del rescate del ROTH IRA, cuyas características son asimilables a las de un seguro de vida, tendrán la consideración de rendimientos de capital mobiliario en el IRPF.

Respecto del IP, de acuerdo con la DGT, a estos productos no les resulta de aplicación la exención prevista para los derechos consolidados de los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones porque, según la consulta, esta exención no aplicaría a los derechos consolidados y derechos económicos de planes de pensiones constituidos en Estados no miembros de la Unión Europea.

Por lo que respecta a la obligación de informar sobre los bienes en el extranjero, los planes de pensiones constituidos en el extranjero no son, a priori, objeto de información en el Modelo 720 en tanto en cuanto no se haya producido alguna de las contingencias cubiertas, y salvo que las condiciones del plan de pensiones extranjero establecieran la posibilidad de ejercer el derecho de rescate a favor del partícipe en los términos propios de un seguro de vida.

En este caso, según establece la DGT, los productos financieros objeto de consulta (IRA y ROTH IRA) permiten la retirada de las cantidades en cualquier momento. Por tanto, se haya o no producido alguna de las contingencias que permiten el rescate de estos productos financieros, debe entenderse que existe obligación de informar sobre ellos en el Modelo 720, puesto que tienen un sistema de rescate asimilable a los seguros de vida.

## 2.2.9 IP. Las restricciones a la facultad de disposición sobre acciones negociadas en mercados organizados no modifican sus reglas de valoración en el IP

### **Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V1237-22, de 31 de mayo de 2022.**

Una persona es titular de unas acciones admitidas a cotización en la bolsa de Nueva York que están sometidas a una regulación estatutaria específica, denominada "lock up". Esta

regulación establece que los titulares de las acciones no pueden transmitir las durante un periodo de tiempo, salvo en situaciones excepcionales.

Según la DGT, la limitación temporal a la facultad de disposición de las acciones no afecta a su valoración en el IP. Es decir, estas acciones se valorarán a efectos del IP de acuerdo con las reglas generales previstas para acciones cotizadas, siempre que el mercado donde cotizan tenga unas condiciones análogas a lo que se entiende por mercados organizados, de acuerdo con la normativa española.

### 2.2.10 **ISD. El incumplimiento del requisito de mantenimiento de los activos afectos a una actividad económica por parte de un coheredero perjudica al resto de coherederos en la aplicación del régimen de empresa familiar**

**Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V1236-22, de 31 de mayo de 2022.**

En este caso, una causante ejercía una actividad económica de arrendamiento inmuebles y fallece sin haber otorgado testamento.

Los herederos de la causante fueron el consultante y sus cuatro hermanos, y cada uno de ellos se adjudicó en la herencia varios inmuebles concretos que pertenecían a la causante. Todos los herederos aplicaron la reducción de empresa familiar en el ISD por la adquisición de estos inmuebles.

Entre otras cuestiones, la DGT analiza los efectos que podría tener en la aplicación del régimen de empresa familiar el hecho de que alguno de los coherederos incumpla el requisito del mantenimiento. Sobre este asunto, concluye lo siguiente:

- Si la causante hubiese establecido en su testamento una adjudicación expresa e individualizada de los inmuebles a cada heredero, la reducción de empresa familiar operaría para cada uno de ellos de forma independiente, por lo que un posible incumplimiento del requisito de mantenimiento de un coheredero no afectaría al resto.
- Si en el testamento constara que los herederos reciben los bienes inmuebles en proindiviso, o si no existiera testamento, con independencia de las adjudicaciones de bienes que se hagan en la herencia, queda configurado entre los herederos un “grupo de herederos”. Esto supone que el incumplimiento del requisito de mantenimiento por uno de los coherederos implicaría la pérdida de la reducción de empresa familiar para todos los coherederos.

### 2.2.11 **IP. La mayor aportación de uno de los cónyuges, de acuerdo con su capacidad económica, en la adquisición de la vivienda habitual del matrimonio no supone la generación de un crédito frente al otro cónyuge**

**Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V0879-22, de 25 de abril de 2022.**

En este caso los consultantes son un matrimonio casado bajo el régimen de separación de bienes, regulado por el derecho civil de las Islas Baleares, que adquieren conjuntamente una vivienda habitual.

Uno de los cónyuges aporta más dinero que el otro en la compra de la vivienda, de acuerdo, según la consulta, con lo establecido en la regulación del derecho civil aplicable al matrimonio, que prevé que cada cónyuge aporte a las cargas familiares de forma proporcional a sus recursos económicos.

La DGT establece que la diferencia en la aportación de cada cónyuge no es el resultado de la realización de un contrato de préstamo privado entre ellos, en el que, para igualar la aportación realizada por ambos, uno de ellos prestó al otro la cantidad necesaria para tal fin. Sino que tal diferencia en las aportaciones de los cónyuges para la compra de la vivienda se fundamenta en la regulación del régimen económico matrimonial.

Por último, la DGT establece que las compensaciones patrimoniales entre cónyuges por dedicación a la familia supondrán para su receptor un incremento en su patrimonio, que se incluirá en la declaración del IP en función de los bienes en los que se materialicen. Para el cónyuge que realiza las compensaciones, estas supondrán una minoración en su patrimonio, que como tal se verá reflejado en su declaración del IP.

### 2.2.12 **ISD. Para la valoración del patrimonio preexistente de los herederos no residentes solo se tienen en cuenta los bienes y derechos que radiquen en España**

**Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V0242-22, de 11 de febrero de 2022.**

La Dirección General de Tributos recuerda en esta consulta que los herederos no residentes en España quedan obligados al pago del ISD por obligación real por la adquisición de los bienes y derechos situados o ejercitables en España.

En estos casos la Administración estatal es la competente para la exacción del impuesto, pero el contribuyente puede optar por aplicar la normativa estatal o la de la comunidad autónoma en la que residiera el causante.

Por último, en relación con la determinación del coeficiente de patrimonio preexistente aplicable, señala la DGT que para la valoración del patrimonio preexistente solo computarán los bienes y derechos que estuvieran situados, pudieran ejercitarse o hubieran de cumplirse en España.

**Más información:**

**[Departamento de 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

**[garrigues.com](http://garrigues.com)**