

2020

Febrero

NEWSLETTER

EMPRESA FAMILIAR



GARRIGUES

Artículos - Sentencias - Resoluciones

## ÍNDICE

### 1. Artículos

- 1.1 La necesaria ponderación del riesgo y la fiscalidad en las inversiones a realizar por los ‘family office’
- 1.2 Página web corporativa: Un buen aliado para las relaciones entre socios y sociedad
- 1.3 La importancia de otorgar un poder general en previsión de incapacidad sobrevenida
- 1.4 Cómo hacer partícipe al equipo directivo del capital de la empresa familiar
- 1.5 La aportación del ‘know how’ al capital social de las sociedades de capital

### 2. Sentencias, resoluciones y consultas

- 2.1 Mercantil y Civil
- 2.2 Tributario

## 1. Artículos

### 1.1 La necesaria ponderación del riesgo y la fiscalidad en las inversiones a realizar por los 'family office'

Francisco Sánchez Baeza

**Invertir el patrimonio familiar en la actualidad aconseja que se guarde un equilibrio entre el perfil de riesgo de la familia y la fiscalidad asociada a los posibles vehículos de inversión.**

Con el paso del tiempo, el patrimonio familiar se va desvinculando de las empresas que originariamente constituían la base de generación de rentas de la familia empresaria, bien como consecuencia de la venta de alguna de sus empresas, bien por la implantación de una ordenada planificación que pretenda separar del riesgo del negocio una parte sustancial del patrimonio acumulado.

Sea cual sea el motivo, pasa a primer plano la necesidad de identificar inversiones que garanticen un equilibrio adecuado entre seguridad y rentabilidad, y este binomio debe ir acompañado en cualquier caso de un análisis detallado de la fiscalidad asociada a las inversiones que se vayan a realizar y de las estructuras que las soportan.

Si a esto unimos el exceso de liquidez existente en los mercados que ha obligado a los agentes que intervienen en él a ofrecer todo tipo de alternativas de inversión, y el momento de incertidumbre normativa que vivimos en el que se sigue comentando la posibilidad planteada en el Informe Lagares de armonizar el Impuesto sobre el Patrimonio y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (estableciendo una imposición mínima a nivel estatal), merece la pena que centremos nuestra atención en aquellos vehículos de inversión que podrían gozar de exención en el Impuesto sobre el Patrimonio y, en su caso, que podrían permitir aplicar las reducciones previstas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En este sentido, y con independencia del resto de requisitos que exige la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio y del importe que finalmente pudiera quedar exento, resulta conveniente recordar que las participaciones que posea una entidad *holding* familiar en sociedades que no gestionen un patrimonio mobiliario o inmobiliario permitirán aplicar la exención cuando otorguen, al menos, un cinco por ciento de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales.

La doctrina administrativa y judicial ha ido conformando a lo largo de los años una serie de criterios que pueden ayudarnos a identificar qué vehículos de inversión podrían acceder a la exención en este sentido. Veamos qué nos dice:

1. En relación a la toma de participación en sociedades que se dediquen al arrendamiento de inmuebles, es conocida la necesidad de que la entidad participada cuente (al menos) con una persona con contrato laboral y a jornada completa para que participación dé derecho a la exención. La Dirección General de Tributos (DGT) establece que las reglas del Impuesto sobre el Patrimonio y del Impuesto sobre Sociedades son independientes; ello conduce a que, para

la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, el trabajador deba ser contratado de forma obligada por la sociedad que desarrolla la actividad de arrendamiento, mientras que a efectos de la calificación de la actividad en el Impuesto sobre Sociedades como actividad económica, el empleado puede estar contratado en cualquiera de las sociedades participadas mayoritariamente por la sociedad *holding* (es decir, en cualquier sociedad del grupo mercantil). De igual manera, este requisito ha sido cuestionado por el Tribunal Supremo (en su sentencia de 7 de diciembre de 2016, en el recurso 3748/2015), que exige una carga mínima de trabajo que garantice la necesidad de su contratación para permitir la exención.

2. Por otro lado, no existe ningún impedimento para que las participaciones de más de un cinco por ciento en una SOCIMI, cuyo objeto social se centra en la adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento, queden exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio, como así ha reconocido la DGT en sucesivas resoluciones (entre otras, V0346-14, de 11 de febrero, o V1125-14, de 22 de abril). Como tampoco existe inconveniente para que alcancen la exención aquellas sociedades que se benefician del régimen fiscal de arrendamiento de viviendas en el Impuesto sobre Sociedades.
3. Mayores dudas nos podría plantear la exención de las participaciones en Sociedades de Inversión Inmobiliaria, pues al tener la naturaleza de Instituciones de Inversión Colectiva, podrían contradecir la limitación a la exención que establece el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, en relación a las entidades de dicha naturaleza. Sin embargo, la DGT admite la posibilidad de su exención en varias resoluciones (entre otras, V0882-15, de 23 de marzo ó V1554-16, de 13 de abril).
4. Por lo que se refiere a los Fondos de Capital Riesgo (FCR), la DGT ha abierto la posibilidad de su exención si se dan ciertas circunstancias, si bien ya adelantamos que en estos supuestos será necesario realizar un análisis pormenorizado del caso concreto para poder concluir al respecto. En un primer momento (V1705-07, de 2 de agosto), y apoyándose en la naturaleza de su actividad, la DGT diferenció dos situaciones: (i) aquellos supuestos en que las inversiones del FCR cumplían los requisitos de porcentajes de participación y gestión de la toma de participación, en los que se permite la exención, (ii) de aquellos en los que no se daban tales requisitos, en los que se niega la posibilidad de la exención.

Con posterioridad (V0119-16, de 18 de enero, o V0478-18, de 21 de febrero), la DGT introdujo una nueva situación en la que se puede aplicar la exención (basándose en la previsión que establece la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio para no considerar como valores los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias), en virtud de la cual no se computan como valores las participaciones en FCR y en Sociedades de Capital Riesgo en la parte que corresponda al coeficiente obligatorio de inversión de estas, en virtud del cual deben tener al menos un 60% de su activo computable invertido en determinados valores.

Sin embargo, en resolución vinculante V2582-19, de 20 de septiembre (que aparece en la página web de la AEAT como resolución con “número de consulta anulado”), se cuestionaba la posibilidad de que los FCR puedan cumplir con el requisito de disponer de la necesaria organización de medios personales y materiales para desarrollar su actividad, ya que desde el punto de vista legal están obligados a que dicha actividad la realice una sociedad gestora ajena a ellos.

Estas circunstancias nos hacen ser cautelosos en relación a la idoneidad de estos vehículos en relación a la exención, como comentábamos anteriormente.

5. En relación a las SICAV, ya dejó claro el Tribunal Supremo (en su sentencia de 21 de mayo de 2013, en el recurso 2689/2011) que en ningún caso cabía su consideración en relación a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, cualquiera que fuera su posición en una estructura societaria, dado su carácter eminentemente financiero y la imposibilidad de considerar que realizan una actividad económica.
6. Para concluir, en relación a la toma de participación en entidades no residentes, es interesante hacer mención a lo que dice la DGT en su resolución vinculante V5324-16, de 15 de diciembre, sobre la posibilidad de invertir en una ICAV irlandesa que participaba a su vez en una LLC constituida en EE.UU., que participaba en startups tecnológicas. En la resolución se abre la posibilidad de analizar si las participaciones de último nivel cumplen los requisitos exigidos por la norma para garantizar la exención y, con base en dicho análisis, concluir sobre la exención de la participación en el vehículo irlandés.

Como vemos, aunque las decisiones de inversión deberán estar soportadas fundamentalmente por un riguroso análisis acerca de su idoneidad, teniendo en cuenta la rentabilidad esperada por la familia y su nivel de aversión al riesgo, este análisis debe ir acompañado de un estudio sobre la incidencia que la fiscalidad patrimonial puede tener en un entorno de incertidumbre normativa, a la vista de los numerosos y variados criterios administrativos y judiciales.

## 1.2 Página web corporativa: Un buen aliado para las relaciones entre socios y sociedad

Alberto Guerra San José / Sofía Barrena

**Contar con una página web corporativa ofrece ventajas y oportunidades a las empresas en su relación con los socios, si bien, a la hora de ponerla en marcha resulta imprescindible valorar todos los efectos que de ello se puedan derivar.**

A lo largo de estos últimos años, hemos sido testigos de cómo las sociedades han tenido que adaptar sus políticas y procedimientos internos a las nuevas exigencias de la tecnología y de los medios electrónicos para dar cumplimiento, en la mayoría de los casos, a un mandato legal. Así pues, a día de hoy, resulta impensable que cualquier sociedad mercantil española pueda comunicarse con la Administración pública a través de un canal distinto al telemático, o realizar un tratamiento de datos de carácter personal ajeno a las exigencias derivadas de la nueva normativa en esta materia.

No obstante, dentro de esta maraña legislativa, existen ciertos instrumentos previstos en la regulación societaria que, a pesar de su carácter optativo, suponen una clara oportunidad para que las sociedades de capital no cotizadas consoliden su desarrollo y posicionamiento tecnológico, en especial, por lo que a las relaciones con sus socios respecta. Son un buen aliado para reforzar las políticas de buen gobierno corporativo. Claro ejemplo de ello es la página web corporativa que, más allá de constituir el cauce obligatorio para convocar junta general de socios una vez creada, puede llegar a convertirse en el medio idóneo para el ejercicio telemático de los derechos del socio, impulsando, en consecuencia, la participación de estos en la vida societaria.



A través de breves enunciados, pasamos a analizar algunas de las posibilidades que ofrece la creación de la página web corporativa, así como sus principales ventajas:

**La página web corporativa no es la página informativa o comercial de la sociedad.** Como punto de partida, debe de aclararse que no toda página web de la sociedad es página web corporativa, sin perjuicio de que la primera pueda configurarse de forma que, a través de ella, se pueda acceder a la segunda. Como viene siendo habitual en la práctica, la gran mayoría de sociedades están presentes en la red al objeto de promocionar sus servicios o productos o de habilitar canales de comunicación con sus proveedores o clientes. En la medida en la que estas webs no hayan sido creadas conforme a las exigencias previstas en la Ley de Sociedades de Capital -entre otras, por acuerdo de la junta general de socios-, estas no tendrán la consideración de página web corporativa.

**La convocatoria de la junta general exclusivamente se realiza a través de la página web corporativa, una vez creada esta.** Tan pronto como la creación de la página web corporativa haya sido aprobada por la junta general, inscrita en el Registro Mercantil competente y publicada en el BORME, las convocatorias de las sucesivas juntas de socios deberán realizarse a través de este medio, sin excepción. En este punto, resulta de especial interés la posibilidad de prever estatutariamente la gestión telemática de un sistema de alertas, de tal manera que cada vez que los administradores opten por convocar la junta general a través de la web corporativa, los socios reciban el correspondiente aviso.

Como el lector fácilmente habrá podido apreciar, uno de los principales puntos fuertes de la creación de la página web corporativa es el ahorro de costes y la simplificación de trámites que lleva aparejado, al suprimir la necesidad de publicar el texto de la convocatoria en el BORME -si el tipo societario en cuestión o la redacción estatutaria en vigor así lo exigieran- o de acudir a los métodos habituales de comunicación individual y escrita (e.g. burofax, carta certificada).

**La idoneidad de crear un área privada del socio dentro de la web corporativa.** Aun no siendo obligatorio, la página web corporativa puede disponer de un espacio privado al que accedan sus socios y/o administradores introduciendo, por ejemplo, una cuenta de correo electrónico y una contraseña facilitada por la sociedad a tal efecto.

¿Por qué le puede interesar a la sociedad habilitar este espacio? En primer lugar, a través de esta área privada, la sociedad puede facilitar a sus socios aquella documentación que deba ser puesta a su disposición con anterioridad a la celebración de la junta general (e.g. cuentas anuales). Téngase en cuenta, además, que, en muchos casos, esta información debe ser enviada al domicilio del socio de forma gratuita si éste así lo solicita, en caso de no existir página web corporativa -piénsese, por ejemplo, en las propuestas o informes sobre modificación de estatutos sociales-.

En segundo lugar, los administradores también podrán facilitar a través de este espacio otra documentación o información de carácter más reservado relativa a la evolución del negocio o de la propia sociedad, contribuyendo con ello al fomento de las políticas internas de transparencia.

**Es perfectamente posible que los socios ejerciten sus “derechos telemáticos” a través de la página web corporativa.** En la actualidad, tanto las sociedades anónimas como las limitadas pueden permitir estatutariamente que los accionistas o socios asistan a las juntas generales a través de



videoconferencia o de otros medios telemáticos, siempre y cuando estos medios identifiquen debidamente la identidad del sujeto y quede asegurado que los asistentes remotos tienen noticia en tiempo real de lo que ocurre y pueden intervenir en el debate.

Asimismo, la previsión estatutaria anterior puede ser complementada con otra que permita el ejercicio del derecho de voto a distancia o delegación de la representación de forma electrónica, constituyéndose el área privada de la página web corporativa como el cauce ideal para ello.

A tal efecto y para asegurar un ordenado desarrollo de la reunión, en la correspondiente convocatoria los administradores deberán expresar los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos telemáticos del socio, pudiendo exigirse que aquellos asistentes remotos que deseen formular intervenciones o propuestas de acuerdos se lo remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta.

**Toda comunicación electrónica entre la sociedad y sus socios debe haber sido aceptada por estos.** Todos los mecanismos expuestos que permiten la remisión de documentos, solicitudes o información o incluso la propia comunicación entre la sociedad y los socios, deben ser previamente aceptados por estos antes de su efectiva puesta en marcha, aceptación que podrá efectuarse por todos o parte de los socios al mismo tiempo -por ejemplo, con ocasión de la junta general que apruebe la inclusión de estas previsiones electrónicas en los estatutos sociales- o en distintos momentos.

Tenga el lector una cautela presente: dichos instrumentos de contacto deberán permitir acreditar en todo momento la fecha indubitada de la recepción de las comunicaciones con los socios, así como el contenido de los mensajes electrónicos intercambiados entre estos y la propia sociedad.

**El amplio abanico de posibilidades que brinda la creación de la página web corporativa y las previsiones estatutarias sobre los derechos telemáticos de los socios tiene su contrapartida en las nuevas obligaciones que para la sociedad y los administradores se derivan de su habilitación.** Una vez creada la página corporativa, la sociedad debe garantizar la seguridad de la misma, la autenticidad de los documentos publicados en ella y el acceso gratuito a la misma con posibilidad de descarga e impresión de lo insertado, para lo cual, resulta indiferente que aquella disponga de sistemas internos propios para cumplir dicha obligación o que acuda a terceros profesionales que presten este tipo de servicios.

Por su parte, la norma prevé una responsabilidad solidaria de los administradores entre sí y con la sociedad frente a los socios, acreedores, trabajadores y terceros de los perjuicios causados por la interrupción temporal de acceso a esa página, salvo caso fortuito o de fuerza mayor.

En resumen y para concluir, puede afirmarse que son claras las ventajas y oportunidades que la página web corporativa trae consigo, más aún si se combina su creación con el área privada del socio o con las previsiones estatutarias analizadas en materia de derechos telemáticos. No obstante, la implementación de estos mecanismos en la propia sociedad deberá realizarse atendiendo a sus concretas características -piénsese, por ejemplo, que la habilitación de estos medios deja de tener sentido en sociedades unipersonales- y al desembolso necesario para cumplir con los requisitos técnicos de seguridad o autenticidad, entre otros.



### 1.3 La importancia de otorgar un poder general en previsión de incapacidad sobrevenida

Arantxa Tobaruela

La posibilidad de otorgar un poder general ante situaciones imprevistas puede evitar que el patrimonio quede bloqueado o pueda verse perjudicado su valor por falta de administración del mismo, una cuestión que se extiende también a la gestión de la empresa familiar. Pero antes de hacerlo, conviene tener en cuenta una serie de cuestiones clave, como la designación de apoderados, las facultades que se les atribuye o una posible retribución.

El aumento de la esperanza de vida, unido al agitado ritmo de vida, ha provocado, entre otras cuestiones, que proliferen situaciones de incapacidad sobrevenida. Aunque no sea un tema de nuestro agrado, es un dato objetivo que en los últimos años han aumentado de forma exponencial los accidentes y enfermedades cardiovasculares y cerebrovasculares, que pueden mermar de forma considerable nuestras capacidades físicas y cognitivas, aunque sea de forma temporal y transitoria, impactando en nuestra capacidad de obrar en el tráfico jurídico, que se pierde al quedar afectada la capacidad de gobernarse por sí mismo. En estas situaciones sobrevenidas, inesperadas y por supuesto indeseadas, es fundamental tener otorgados poderes generales que permitan la gestión de todo nuestro patrimonio, incluida, en su caso, la empresa familiar.

En la práctica, la realidad con la que nos encontramos es que muchas personas y, en particular, los empresarios, tienen una alta resistencia a otorgar poderes generales en favor de terceros, ya sean estos miembros de la familia o ajenos a la misma, mientras conserven sus plenas facultades.

Haciéndose eco de esta natural resistencia a delegar en otro los negocios propios, ya hace años que nuestro marco normativo permite el otorgamiento de poderes generales que desplieguen sus efectos únicamente en caso de que se produzca a posteriori una incapacidad sobrevenida del poderdante.

Es altamente recomendable aprovechar esta oportunidad que nos concede nuestro marco normativo y otorgar, en favor de familiares o terceros, poderes generales que eviten que nuestro patrimonio pueda quedar bloqueado o que pueda verse perjudicado su valor por falta de administración del mismo, en caso de sobrevenir incapaces a causa de una enfermedad o accidente inesperado.

Para la preparación de los poderes generales en previsión de incapacidad, es relevante tener en consideración las siguientes cuestiones que planteamos a modo de guión de reflexión y que, por supuesto, en ningún caso excluyen de la necesidad de analizar cada caso concreto y adaptarlo a la normativa de derecho común o foral que sea de aplicación al poderdante, así como a su particular situación familiar y patrimonial.

#### 1. Designación de apoderados

En función del perfil y grado de relación (familiar o no) de las personas en las que queramos depositar nuestra confianza, cabe plantearse si las mismas personas son las idóneas para gestionar tanto mi patrimonio empresarial (acciones o participaciones de la empresa familiar) como mi patrimonio personal (activos financieros, inmuebles etc).



Un esquema habitual seguido por muchos empresarios es designar a su cónyuge como apoderado para la gestión del patrimonio no empresarial (facilitando así, además, el acceso del cónyuge a los recursos que permiten mantener la economía del día a día de la familia y, en caso de incapacidad, atender con mayor facilidad los gastos vinculados a los cuidados médicos) y, por otro lado, designar a sus hijos (en caso de estar estos ya en una edad de madurez profesional) como sus apoderados en el marco de la empresa familiar (representantes de las acciones y participaciones, y siendo, por tanto, quienes ejercerán los derechos de socio).

En caso de que los hijos sean menores de edad o no hayan alcanzado determinada edad de madurez, la mayoría optan por nombrar, para su representación en las sociedades de la empresa familiar, a otros familiares cercanos (i.e. hermanos, sobre todo si participan en la empresa familiar) o bien, a profesionales ajenos a la familia (ya sean profesionales externos o profesionales que ocupan cargos ejecutivos en la propia empresa); de tal forma que dichos profesionales actúen como apoderados sólo mientras los hijos alcanzan la edad de madurez profesional que pueda considerarse oportuna por el poderdante (i.e. veinticinco o treinta años suelen ser las referencias más comunes).

## 2. Facultades conferidas

El poder general debe contener las facultades necesarias para gestionar todo el patrimonio del poderdante en caso de incapacidad sobrevenida.

Existen listados más o menos estándares de facultades generales que no suelen variar mucho de un poder a otro. No obstante, es necesario cerciorarse de que estén incluidas expresamente facultades de disposición de los bienes (transmisión onerosa bajo cualquier título), con los límites cuantitativos o cualitativos que, en su caso, se consideren oportunos por el poderdante, dado que pueden darse situaciones en las que sea necesario o conveniente ejercitarlas respecto de algún bien del patrimonio, para obtener liquidez, así como asegurarse de que están contenidas y detalladas las facultades que permitirán a los apoderados actuar con libertad (o con la libertad que desee el poderdante) en el ámbito societario (i.e. asistencia a juntas, ejercicio de todos los derechos de socio incluido el derecho de voto, etc).

No es habitual que los listados de facultades generales que se incluyen en los poderes incluyan la facultad de donar o la de avalar. Vale la pena valorar en cada caso concreto si puede ser conveniente incluirlas (con las cautelas que se consideren oportunas); sobre todo en cuanto a la facultad de donar, por la flexibilidad que puede dar a los apoderados para poder avanzar la sucesión generacional en la propiedad de la empresa, especialmente cuando la incapacidad del poderdante se prevea permanente. Hay que tener en cuenta, además, que en algunas ocasiones también desde una perspectiva impositiva puede resultar conveniente no esperar al momento del fallecimiento para transmitir las participaciones en favor de los descendientes.

Finalmente, es recomendable desactivar expresamente el artículo 1.713 del Código Civil (y hacerlo aunque estemos en el marco de una normativa foral) y, en este sentido, establecer que los apoderados quedan expresamente facultados para ejecutar tanto los actos de administración como los de disposición, incluso a título lucrativo, sin necesidad del "mandato expreso" a que se refiere dicho artículo. La razón es que la obtención y otorgamiento individualizados podría frustrar la finalidad con la que se está otorgando el poder general (dado que dicho mandato expreso no podría





darse por haber sobrevenido incapaz el poderdante) y manifestar que los apoderados podrán determinar libremente el objeto de los actos dispositivos, las contraprestaciones en los actos a título oneroso o sus beneficiarios en los a título gratuito sin recabar nuevos consentimientos del poderdante.

### 3. Instrucciones

El poderdante puede, además, incluir en el apoderamiento las instrucciones generales o particulares que considere oportuno. Algunas de las instrucciones generales más habituales suelen ser: (i) las relacionadas con el propio cuidado del poderdante y su calidad de vida, (ii) las relacionadas con la protección económica de su núcleo familiar (mantener el nivel de vida del cónyuge y sus hijos, sobre todo si son menores de edad o dependientes económicamente aun del poderdante); (iii) velar por el mantenimiento de la empresa familiar y fomentar la preparación de la siguiente generación para su integración en la misma, etc.

Como siempre, en función de las particularidades de la estructura familiar y patrimonial cabrá plantearse otras instrucciones que puedan ser de interés y que estén relacionadas con una preocupación concreta del poderdante. Aunque somos conscientes de que no es tarea de buen gusto, una actitud responsable conlleva la necesidad de imaginar las necesidades que puedan tener el propio poderdante, su familia más cercana y la propia empresa, en caso de producirse dicha incapacidad sobrevenida.

### 4. Retribución

El apoderamiento, como cargo de confianza que es, suele ser gratuito, si bien nada impide que el poderdante atribuya una retribución a sus apoderados. No suele ser este un escenario habitual, ya que en la mayoría de las ocasiones el nombramiento recae en familiares, si bien en algunas ocasiones, y en función de la complejidad de gestión y necesidad de dedicación que pueda conllevar el apoderamiento, se retribuye al apoderado o apoderados, sobre todo si son profesionales, ya sea con un importe anual fijo, o incluso en ocasiones, con un porcentaje de los beneficios o rentabilidad anual del patrimonio (todo dependerá de que tipo de administración del patrimonio se quiera incentivar).

### 5. Medidas de control

En cuanto a las medidas de control a los apoderados, estas difieren en función del marco normativo que se aplique al apoderamiento en previsión de incapacidad (derecho común y diferentes derechos forales que abordan esta figura).

En parte de nuestro ordenamiento se exigirá autorización judicial para realizar actos de disposición relevantes, que en la mayoría de los casos es dispensable por el propio poderdante, pero, en otros, la norma no prevé medidas de control específicas. En cualquier caso, es conveniente, además de analizar desde la perspectiva técnica jurídica cada caso concreto en función de la norma aplicable, plantearse si se desea imponer medidas de control determinadas y/o desactivar o sustituir las que pueda imponer la norma si son de carácter dispositivo.



Es habitual que el propio sistema de combinación de firmas de apoderados que se haya recogido en el poder se considere por el poderdante suficiente garantía por lo que no se suele requerir la intervención de órganos de control adicionales. No obstante, en determinadas ocasiones puede tener sentido exigir la intervención de algún órgano consultor o asesor de control que deba otorgar una autorización adicional para operaciones de relevancia patrimonial (como podría ser la transmisión ya sea onerosa o gratuita de las acciones o participaciones por ejemplo). De crearse algún órgano con esta finalidad, éste suele estar compuesto por profesionales de confianza del poderdante, que en un momento dado puedan aportar objetividad a los apoderados, sobre todo si estos son familiares.

## 6. Eficacia del poder

Como hemos dicho, los poderes generales en previsión de incapacidad desplegarán todos sus efectos solo llegado el caso de una incapacidad sobrevenida del poderdante.

Nuestro ordenamiento jurídico, permite que sea el propio poderdante quien indique en la escritura de poder cómo deberá apreciarse que existe dicha incapacidad.

Una de las fórmulas más habituales que se utiliza suele ser la aportación de dos informes médicos (exigiendo, en ocasiones, que al menos uno de dichos médicos sea experto en neurología o análoga especialidad) y la intervención de un notario que recoja en instrumento público dichos certificados médicos y manifieste que no aprecia capacidad en el poderdante para actuar en el tráfico jurídico (el notario no está declarando una incapacidad, simplemente se le pide que haga el juicio de capacidad que haría si esa misma persona pretendiera otorgar una escritura).

Es aconsejable dejar constancia en los poderes que, apreciada la falta de capacidad por el poderdante una vez en la forma establecida, no será necesario reiterar dicha falta de capacidad para cada acto que quieran hacer los apoderados, entendiéndose por tanto eficaces y en vigor los poderes hasta que estos sean expresamente revocados por el poderdante en caso de recuperar la capacidad (indicando que deberá probarse esta recuperación igualmente con informes médicos e intervención notarial) o bien hasta que sean revocados por la autoridad judicial competente en su caso.

## 7. Coordinación con otros documentos

Finalmente, si el poderdante ha otorgado o tiene intención de otorgar nombramiento voluntario de tutor para el caso de ser incapacitado judicialmente, suele ser conveniente establecer en los poderes la voluntad del poderdante de que los mismos subsistan totalmente (o en aquello compatible), aun en caso de que la incapacidad le sea declarada judicialmente y sea nombrado un tutor.



## 1.4 Cómo hacer partícipe al equipo directivo del capital de la empresa familiar

Mónica Sevilla

Cada vez es más frecuente que una parte de la retribución de los directivos de una empresa familiar quede vinculada a la evolución del valor de la compañía. En estos casos, conviene tener en cuenta una serie de cuestiones relacionadas con la estructura del incentivo así como las implicaciones mercantiles, contables, laborales y fiscales que de ello se deriven.

La composición del paquete retributivo de los directivos ha evolucionado en los últimos años. Así, además de remuneración fija (dineraria y en especie), remuneración variable anual y aportaciones a sistemas de previsión social, cada vez es más habitual la inclusión de incentivos a largo plazo ligados al desempeño de determinadas funciones o a la consecución de objetivos del propio directivo, de la empresa o del grupo.

Los incentivos a largo plazo permiten cumplir con el principio general de que la remuneración debe ser la necesaria para atraer y retener los perfiles deseados, motivar la consecución de los objetivos fijados y evitar la asunción excesiva de riesgos.

En el caso de empresas cotizadas, los incentivos a largo plazo suelen vincularse al valor de la acción o a su incremento de valor. Ello permite cumplir con una de las recomendaciones del código de buen gobierno de las sociedades cotizadas en materia de remuneraciones de consejeros ejecutivos, según la cual debe vincularse un porcentaje relevante de su remuneración variable a la entrega de acciones o de instrumentos financieros referenciados a su valor. De este modo, la participación del equipo directivo en el capital permite alinear sus intereses con el de los accionistas.

Las empresas familiares, que a diferencia de las cotizadas no tienen un mercado público para negociar sus títulos, cuando deciden implantar un incentivo a largo plazo deben preguntarse si lo vinculan al valor de sus acciones o incluso si lo pueden liquidar mediante la entrega de acciones.

Para dar respuesta a esas cuestiones la familia debe reflexionar, entre otras, sobre los siguientes asuntos y en este orden:

- Si se quiere compartir el valor de la empresa familiar, o su aumento de valor, con el equipo directivo.

Si la respuesta es negativa debe descartarse que el incentivo a largo plazo esté basado en el valor de la empresa.

- Si se prevé la realización de alguna operación que permita a los socios obtener liquidez.

La liquidación de incentivos a largo plazo basados en el valor de sociedades no cotizadas suele estar vinculado a la transmisión a terceros de las acciones. En caso de no estar prevista a medio plazo la venta, total o parcial, de la empresa familiar, el incentivo no sería líquido a corto o medio plazo, siendo probable que el directivo no lo valorase adecuadamente. Por ello, en términos generales, también debería descartarse vincular el incentivo al valor de la sociedad.



Tanto en este supuesto como en el anterior, el importe del incentivo variable a largo, en caso de cumplimiento de los objetivos a los que estuviera vinculado el incentivo debería ser una determinada cuantía, por ejemplo un porcentaje de la remuneración fija por cada año de duración del incentivo.

- Si se quiere que el equipo directivo participe en la toma de decisiones de la empresa junto con la familia.

Esta cuestión es muy importante para determinar el esquema del incentivo basado en el valor de la sociedad, pudiendo ser uno de los dos siguientes:

(i) Entrega de acciones

El directivo tendría los derechos inherentes a la condición de socio. No obstante, el acuerdo de socios a suscribir entre la familia y el equipo directivo podría limitar los derechos de los directivos como socios de la empresa.

En cualquier caso, en la medida en que se pretenda vincular la condición de socio con la de directivo, es fundamental que el directivo otorgue una opción de compra de sus acciones en favor del resto de accionistas (o de uno de ellos), que pudiera ser ejercitada, como mínimo, en caso de extinción de su relación laboral o mercantil con la sociedad.

(ii) *Phantom plan*

La sociedad concedería al directivo un número de *unidades* equivalente cada una de ellas al valor de una acción. De este modo, el directivo tendría los derechos económicos de tantas acciones de la sociedad como unidades le hubieran sido concedidas. En esta alternativa el directivo no sería socio ni, por tanto, tendría ningún derecho derivado de tal condición.

Además de estas cuestiones relativas a la estructura del incentivo, deben tenerse en consideración otras, comunes a cualquier tipo de incentivo a largo plazo, como son el colectivo de beneficiarios, los requisitos para su percepción, la duración del incentivo y las implicaciones en caso de extinción de la relación del directivo antes de liquidar el incentivo.

Por último, y no menos importante, deben analizarse las implicaciones mercantiles, contables, laborales y fiscales que se derivan de la implantación del incentivo a largo plazo, tanto para el directivo como para la empresa.

Todo ello hace que este tipo de esquemas, cada vez más utilizados en empresas familiares, requieran de un profundo análisis en su diseño e implantación, teniendo en cuenta tanto el presente como el futuro de la sociedad, de la familia y del equipo directivo.



## 1.5 La aportación del ‘know how’ al capital social de las sociedades de capital

Ernesto Rey

Una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notario (DGRN) permite la aportación del intangible *know how* del que dispone una persona al capital social de, en este caso, una sociedad de responsabilidad limitada.

La resolución, con fecha de 4 de diciembre de 2019 y publicada en el BOE el 21 de enero de 2020, da respuesta de este modo a una cuestión no exenta de cierta polémica y que no en todos los Registros tiene un mismo tratamiento.

Estas breves líneas no tienen como finalidad realizar un análisis crítico de la mencionada Resolución, sino simplemente apuntar determinados aspectos de la misma que pueden cuestionar la viabilidad de este tipo de aportaciones.

El supuesto, en resumen, consiste en la aportación en la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada del *know-how* “consistente en la información técnica necesaria para diseñar, fabricar, emplear, mantener o comercializar productos o sus elementos que permiten lograr el proyecto específico. Dicho saber se mantiene en secreto, al igual que el modelo de negocio necesario para la constitución, desarrollo y comercialización de “[\*], S.L.”, así como la totalidad de sus conocimientos, de su saber especializado y de la experiencia adquirida que se describe a continuación: (...)”. Según se expuso en este caso, la S.L. “tiene como objeto social ser una empresa tecnológica que ofrece trabajo colaborativo virtual. Gestión y creación de espacios de trabajo virtuales y proyectos. Gestión de recursos humanos y económicos- Gestión de tareas. Data center, Servicio de asistencia virtual. Servicios promocionales, de marketing, publicidad y consultoría de empresas. Servicios financieros. Servicio y desarrollo de software. Gestión de base de datos (CNAE 620)”.

No parece tratarse, en este caso, de un *know how* consistente en documentos, libros, procedimientos, métodos o técnicas plasmadas por escrito, sino más bien de conocimientos que disponen los aportantes fruto de su experiencia y trabajo en el sector en cuestión.

En la misma escritura, los socios constituyentes, siendo conscientes de que la aportación del *know how* podía plantear alguna dificultad para su inscripción en el Registro Mercantil, se adelantan en explicar las razones por la que consideran que el *know how* sí que puede ser aportado:

“La aportación de dicho *know how* cumple con todos los requisitos y condiciones apuntados por la Ley y la doctrina para poder ser aportado a las sociedades de capital mediante aportación no dineraria:

- (i) Tiene naturaleza patrimonial.
- (ii) Su aportación a la Sociedad va a incrementar sustancialmente las ganancias de la Sociedad.
- (iii) Es susceptible de ser inscrito en el balance.



- (iv) Puede ser valorado económicamente de acuerdo con criterios objetivos.
- (v) Puede ser enajenado o negociado.
- (vi) Puede ser objeto de un contrato de cambio.
- (vii) Es susceptible de apropiación y, en consecuencia, de ser convertido en dinero y apto para producir una ganancia”.

Posteriormente, el registrador mercantil califica negativamente la escritura aduciendo que “la aportación del Know-how parece más bien la aportación de trabajo o servicios que no pueden ser objeto de aportación” (el resaltado es propio).

Pues bien, la DGRN realiza una recapitulación de qué debe entenderse por *know how* según el ordenamiento y la jurisprudencia para concluir que sus notas caracterizadoras son “el secreto, (...); sustancialidad, entendida como utilidad (ventaja competitiva); identificación apropiada y valor patrimonial”. Y resuelve en contra de la calificación del registrador mercantil entendiéndolo que “según el artículo 58.1 de la Ley de Sociedades de Capital, «en las sociedades de capital sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica». Y el objeto de aportación cuestionado en la calificación registral, aun cuando sea un bien inmaterial, tiene carácter patrimonial, es susceptible de valoración económica y de apropiación por lo que puede aportarse a la sociedad y es apto para producir una ganancia. Además, es diferente de la mera obligación de hacer, por lo que no se infringe la norma que impide que sean objeto de aportación el trabajo o los servicios (artículo 58.2 de la Ley de Sociedades de Capital). Por ello, el defecto no puede ser confirmado”.

Por tanto, la DGRN reduce la discusión acerca de la viabilidad de aportar el *know how* al capital social, a la efectiva concurrencia de cuatro requisitos: que tenga carácter patrimonial, que sea susceptible de valoración económica, que pueda ser objeto de apropiación y que sea apta para producir una ganancia, obviando otras cuestiones que hasta la fecha servían como argumentos para rechazar tal posibilidad.

Apuntamos algunas de estas cuestiones:

1. ¿Se cumple realmente la característica de la apropiación? Según la RAE apropiar es “tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueña de ella”. Es decir, un desplazamiento patrimonial que supone desprenderse de una cosa o de un activo para que su titular pase a ser otra persona.

Bajo este entendimiento, esta característica difícilmente podríamos verla en la aportación del tipo de *know how* al que se refiere la resolución, en la medida en que la persona que lo posee y lo aporta no se desprende de él, sino que, permaneciendo en él, lo traslada o transmite a la sociedad. Esto supone que el aportante del *know how*, recibiendo capital a cambio del mismo, sin embargo, lo mantiene: pervive en el aportante el activo que transmite.



De tal modo que, para evitar su utilización por parte del aportante, o incluso su nueva transmisión, deberían ser inherentes a este tipo de aportaciones cláusulas de exclusividad y de no competencia (como mínimo).

2. La aportación del *know how* no puede realizarse de forma separada a la participación de la persona que lo posee, tal y como apunta el propio recurrente al señalar que “los conocimientos e información secreta inherente a los titulares es imprescindible para la actividad de la misma”, de tal modo que no es útil sin el trabajo de quien lo aporta. Tal sería el sentido de lo manifestado por el registrador mercantil que calificó la aportación (“La aportación del Know-how parece más bien la aportación de trabajo o servicios que no pueden ser objeto de aportación”), en línea con la argumentación utilizada tradicionalmente para rechazar este tipo de aportaciones. Así, el artículo 58 de la Ley de Sociedades de Capital indica que “en ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios”.
3. Carácter personalísimo. Aun no negando que se trata de activos que tienen un valor patrimonial, su vinculación tan estrecha con el aportante refuerzan la idea de que se trata de bienes intangibles no susceptibles de transmisión, impidiendo una titularidad plena por parte de la sociedad, que permita, por ejemplo, una nueva transmisión del bien.  
  
¿Se puede llevar a cabo una reducción de capital con devolución de aportaciones consistente en el *know how* aportado cuando se trata de un bien tan vinculado con quien lo aporta?
4. Cifra de garantía. Una de las funciones que tradicionalmente se reconoce al capital social es la de servir como importe de garantía frente a terceros. En ese sentido la función de cifra de garantía que cumple el capital social quedaría cuestionada ya que difícilmente este activo puede ser objeto de embargo o traba por acreedores de la sociedad.
5. Valoración de la aportación. Aun cuando la Ley de Sociedades de Capital establece un régimen específico de responsabilidad para quienes realizan aportaciones no dinerarias, especialmente en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada, se introduce una mayor inseguridad al respecto con este tipo de aportaciones de bienes intangibles que podría llevar a una sobrevaloración de las mismas con los peligros que ello conllevaría.
6. Por último, antes de llevar a cabo una aportación de este tipo será conveniente analizar sus repercusiones en el ámbito tributario. Así, por ejemplo, la naturaleza y cuantía de la renta fiscal que puede poner de manifiesto la operación en el aportante, sujeta al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (si es persona física) o al Impuesto sobre Sociedades (si es persona jurídica), la valoración de lo aportado y si está sometida a las obligaciones de documentación de operaciones vinculadas, o la potencial implicación en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Estas y otras cuestiones deben valorarse a la hora de llevar a cabo este tipo de aportaciones sobre las que probablemente la DGRN se pronuncie en el futuro.



## 2. Sentencias, resoluciones y consultas

### 2.1 Mercantil y Civil

**A efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales, no se incluyen las reservas de la sociedad propiedad con carácter privativo de uno de los cónyuges**

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil. Sentencia número 60/2020, de 3 de febrero de 2020

En un procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales y de división judicial de la herencia, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la posibilidad de incluir en el activo de la sociedad ganancial los beneficios sociales imputados a reservas por una sociedad de capital de la que es socio uno de los cónyuges.

A pesar de que, de conformidad con el artículo 1.347 del Código Civil, los dividendos sociales devengados durante el periodo de vigencia de la sociedad ganancial tienen, en todo caso, carácter ganancial incluso cuando su efectiva percepción se materializa en una fecha posterior, sostiene el Tribunal Supremo que las reservas no se pueden identificar como frutos de los rendimientos de un bien productivo y, por ende, gananciales, en tanto en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, se hallan integradas en su patrimonio separado y distinto al de los socios y están sometidas a un concreto régimen jurídico societario.

La diferencia principal entre dividendos y reservas que hace que su tratamiento sea distinto es que los primeros son frutos del socio mientras que los segundos son frutos de la sociedad obtenidos de la realización del objeto social y por ello, hasta que se declare el derecho del cónyuge titular de las participaciones a percibir dividendos en su condición de socio a tenor del artículo 93 a) Ley de Sociedades de Capital, no se podrán incluir en la masa ganancial.

**El nuevo administrador de una sociedad en causa de disolución tiene un plazo de dos meses desde su nombramiento para promover su disolución**

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil. Sentencia número 601/2019, de 8 de noviembre de 2019

El Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse sobre el régimen de responsabilidad del administrador por el incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad administrada, dentro del plazo legal, cuando esta está incurso en causa de disolución. Ha de recordarse a este respecto que, producido este específico supuesto, el administrador se constituye como garante solidario junto con la sociedad de las deudas surgidas a partir del acaecimiento de la causa legal de disolución, justificándose esta responsabilidad en el riesgo que se ha generado para los acreedores posteriores que han contratado con la sociedad sin contar con la garantía patrimonial suficiente para el cumplimiento de la obligación de pago por parte de esta.

Como especialidad en el presente caso, la sociedad modificó su órgano de administración una vez esta estaba ya incurso en causa de disolución. ¿Cómo opera el deber de promover la disolución de la mercantil en estos casos? ¿Es deber únicamente del administrador que representaba a la sociedad



durante el período en el que surgió la causa legal de disolución o, por el contrario, este deber abarca igualmente al administrador recién nombrado? De conformidad con los pronunciamientos de la Sala, en caso de cambio de administrador también este contará con un nuevo plazo de dos meses (esto es, el plazo legal) para promover la disolución que, en caso de incumplimiento, le convertirá en responsable de las deudas que surjan desde su aceptación del cargo.

**Es válida una cláusula estatutaria que exija, para la adopción de acuerdos por la junta, una mayoría reforzada de dos tercios del capital social, aunque su aplicación, de facto, suponga en acuerdo unánime de todos los socios**

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª. Sentencia número 2230/2019, de 29 de noviembre de 2019

Según la Audiencia Provincial de Barcelona, una cláusula estatutaria que exige que los acuerdos sociales sean adoptados por una mayoría de votos válidamente emitidos de, al menos, dos terceras partes de los votos correspondientes a todas las participaciones en las que se divide el capital, no puede ser impugnada ni declarada nula, aun cuando su aplicación genere una situación de injusticia dentro de la sociedad -como era este caso-, si no se quebranta la norma societaria que impide exigir estatutariamente la unanimidad para adoptar acuerdos por órganos colegiados.

En el presente supuesto, el socio minoritario de una sociedad -titular del 45% del capital social- solicita la nulidad de una cláusula idéntica a la referida en el párrafo anterior, en la medida en la que la distribución del capital de dicha sociedad implica que, en la práctica, todos los acuerdos deban adoptarse indirectamente por unanimidad, al tener que aprobarse necesariamente con el beneplácito del socio mayoritario -quien es titular del 55% restante-.

Cuestión que asimismo merece especial mención en este supuesto es la clasificación como materia de orden público -y, por tanto, no sujeta a plazo de prescripción o caducidad de acciones- de la impugnación de aquellas cláusulas estatutarias relativas al régimen de mayorías que sean contrarias a la proscripción de unanimidad en la adopción de acuerdos de órganos colegiados.

**La ausencia del administrador en la junta general puede implicar la nulidad de los acuerdos adoptados de probarse una efectiva vulneración de los derechos de los socios**

Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª. Sentencia número 591/2019, de 6 de noviembre de 2019

El ejercicio del cargo de administrador conlleva la obligación de asistir a las juntas generales de socios de la sociedad que administra. Pero, ¿qué ocurre si, por cualquier cuestión puntual, el administrador no acude a la junta? En el presente supuesto varios socios minoritarios de una sociedad impugnan los acuerdos adoptados en junta general, alegando la vulneración de su derecho de información al no haber asistido a la misma el administrador único lo que, en consecuencia, les privó de la posibilidad de formular pregunta alguna.

La Audiencia Provincial de Pontevedra -recordando que aunque el derecho de información del socio es inderogable e irrenunciable, no es ilimitado- desestima las pretensiones de los demandantes al



entender que en el caso enjuiciado, este derecho no resulta vulnerado pues queda probado que los socios minoritarios recibieron por escrito toda la información que solicitaron antes de la celebración de la junta y demostraron no querer información adicional al negarse a formular preguntas durante la celebración de la misma.

La audiencia sostiene que, si bien los administradores están obligados a asistir a las juntas generales, el incumplimiento de este deber no implica necesariamente consecuencia directa alguna (e.g. la nulidad de la junta). De lo contrario, supeditar la validez de la junta general a la presencia de la totalidad del órgano de administración podría dar lugar a la imposibilidad de adoptar acuerdos por la sola voluntad de una o varias personas. Por lo tanto, su ausencia solo conllevaría la nulidad de la junta en caso de constatarse la privación de algún derecho de los socios -en este caso, el de información-.

### **El heredero, aunque no haya aceptado la herencia y no esté inscrito en el libro de socios, tiene legitimidad para impugnar los acuerdos sociales**

**Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª. Sentencia número 1918/2019 de 29 de octubre**

La Audiencia Provincial de Barcelona en esta reciente sentencia reconoce la legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales de una sociedad de quien, reconocido por sentencia judicial firme su derecho como coheredera de las participaciones sociales, todavía no ha adquirido la condición de socia por no haber sido posible ejecutar la sentencia declarativa de derechos.

Pese a que en este periodo transitorio se entiende que la condición de socio la ostenta la comunidad hereditaria formada con su hermano, en este caso, el tribunal se basa en el interés legítimo de la impugnante, previsto en el artículo 206 de la Ley de Sociedades de Capital, tanto si se tiene por aceptada la herencia como si no.

En definitiva, en virtud del artículo 206 Ley de Sociedades de Capital, el que tenga un derecho a heredar podrá ejercitar la acción directa de impugnación de acuerdos sin necesidad de ejercerlo a través de la comunidad de herederos y, por ende, depender de un acuerdo en el seno de la misma.

Por otro lado, a pesar de reconocer la legitimación activa para ejercer la acción de impugnación, el tribunal niega que la sociedad deba inscribir el derecho que ostenta la recurrente en el libro de socios de la sociedad pues esta no ostenta tal condición, si no únicamente un potencial derecho.

### **La impugnación de acuerdos sociales no es el mecanismo para solventar las controversias sobre la condición de accionista ni para modificar el libro registro de acciones nominativas**

**Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª. Sentencia número 490/2019, de 18 de octubre de 2019**

No hay que mezclar los negocios adquisitivos de acciones (e.g. compraventa) con la legitimación para ejercitar los derechos del accionista. Así puede resumirse el presente caso en el que los demandantes -quienes se consideraban accionistas de la sociedad, pese a no estar inscritos en el libro registro de acciones nominativas- instan la nulidad de los acuerdos sociales adoptados por la



junta general alegando, entre otras cuestiones, que la misma se había celebrado falsamente con el carácter de universal, al no haber asistido ellos. La controversia trae asimismo causa de los acuerdos adoptados previamente por la referida sociedad en los que se convertían sus acciones -que por aquel entonces eran al portador- en acciones nominativas, adjudicándose todas ellas a los que eran socios mayoritarios en aquel momento -entre los que no se encontraban los demandantes-. Este último acuerdo fue igualmente impugnado y sustanciado ante el juzgado de lo mercantil y dio lugar a la creación del libro registro de acciones nominativas de la sociedad.

La Audiencia Provincial de Madrid, en línea con los pronunciamientos del Tribunal Supremo, concluye que quien afirma la titularidad de las acciones frente a quien figura como accionista dispone de los cauces establecidos en la legislación societaria para solventar dicha situación -entre otros, solicitar a la sociedad la rectificación del libro registro de acciones nominativas y seguir el procedimiento correspondiente-, pero no resulta posible convertir la impugnación de acuerdos sociales en un medio para resolver las controversias sobre la titularidad de las acciones, ni que la validez de los acuerdos dependa de ello, es decir, de cuestiones que resultan ajenas a la sociedad.

### **El nombramiento de experto independiente por el registrador no debe interpretarse como un reconocimiento tácito de la existencia del derecho de separación de socio o de su válido ejercicio**

**Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª. Sentencia número 1745/2019, de 7 de octubre de 2019**

Tras acordarse por la junta general de una sociedad que el resultado del ejercicio 2016 se destinara íntegramente a reservas voluntarias, diversos socios comunican a aquella la decisión de ejercitar el derecho de separación, ante lo cual, se vuelven a reunir todos los socios de la mercantil en nueva junta para tratar sobre la situación creada tras el ejercicio de este derecho, aprobándose por mayoría el reparto de un tercio de la reserva voluntaria en concepto de dividendo -equivalente a un tercio de los beneficios del ejercicio 2016-. Los socios ejercientes del derecho de separación solicitan al registrador mercantil la designación de un experto al objeto de determinar el valor razonable de sus participaciones, ante lo cual, la sociedad se opone argumentando que (i) los juzgados y tribunales han de confirmar primero que efectivamente dichos socios pueden ejercer el derecho de separación, y solamente cuando devenga firme la sentencia, podrán acudir al registrador y solicitar el nombramiento; y subsidiariamente (ii) no procede reconocer el derecho de separación, por diversos motivos.

Ante esta situación, ¿optó correctamente el registrador al hacer oídos sordos a la sociedad y nombrar el experto solicitado? Según la Audiencia Provincial de Barcelona, la pregunta debe ser respondida con un tajante sí. Y es que, según este tribunal, la actuación del registrador se limita a analizar la concurrencia de los presupuestos para el nombramiento del experto, no pudiendo entrar al fondo sobre el correcto, o no, ejercicio del derecho de separación por parte de los socios.



## **La nulidad del acuerdo de reparto parcial de dividendos adoptado por abuso de la mayoría depende de la casuística concreta, y de la prueba de su razonabilidad**

**Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª. Sentencia número 455/2019, de 4 de octubre de 2019; y Juzgado de lo Mercantil número 8 de Barcelona, sentencia número 382/2019, de 3 de diciembre de 2019**

En el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Madrid, se entiende que el acuerdo por el que se aprobó repartir el 21,36% del beneficio del ejercicio como dividendos -destinando el importe restante a dotar las reservas de la sociedad-, no puede ser declarado nulo de pleno derecho, al no existir abuso de derecho por parte de la mayoría y al atender a una decisión empresarial. Para llegar a esta conclusión, el tribunal fundamenta su decisión en (i) el hecho de que en una pluralidad de ejercicios precedentes el dividendo había sido repartido en porcentaje variable (e.g. 10%, 86%, 92%); (ii) que no se produce una negativa frontal a repartir dividendo, al repartir parte del beneficio del ejercicio a los socios; y (iii) que en el informe de gestión se preveían dificultades para los ejercicios siguientes por la situación del mercado y que dentro de los proyectos a futuro se incluía el acometer inversiones de diversa índole, lo que justifica aplicar parte del resultado del ejercicio a reservas.

No ocurre lo mismo con el supuesto resuelto por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, en el que la sociedad demandada es obligada a sustituir el acuerdo por el que dos de los tres socios de una sociedad (los tres hermanos de doble vínculo) aprobaron el reparto del 35% de los beneficios obtenidos durante un ejercicio social, por otro acuerdo que obliga a aquella a repartir el 100% del referido dividendo, al entender el juez que el primero de los acuerdos había sido adoptado con abuso de derecho por parte de dos de los hermanos.

Para llegar a esta conclusión, el juzgador destaca el hecho de que desde el año 2003, la sociedad venía aplicando el resultado del ejercicio a reservas voluntarias, en vez de al reparto de beneficios, siendo así que a la fecha del litigio el importe de aquellas cubría prácticamente la totalidad del activo, cuestión esta última cuanto menos extraña en el seno de una empresa patrimonial que no había realizado inversión inmobiliaria alguna desde el año 2008.

Con todo lo anterior, el juez considera que la inexistencia de una causa razonable que justificase la ausencia de reparto de dividendos desde el año 2003 es prueba suficiente para acreditar que los hermanos habían trasladado al ámbito societario una disputa familiar derivada del reparto de una herencia, trastocando con ello el interés social.

## **El envío del anuncio de convocatoria de junta general a través de un operador postal distinto a Correos no garantiza su fehaciencia**

**Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de noviembre de 2019**

Según la Dirección General, al igual que ya resolvió a principios del año pasado, Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. (comúnmente conocida como Correos) es el único operador postal que “goza de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o



imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales” -y, en consecuencia, también de las comunicaciones que hayan de surtir efecto en la esfera notarial y registral-, ya se hayan realizado por medios físicos como telemáticos.

En otras palabras, el anuncio de convocatoria de junta general efectuado a través de un operador postal distinto a “Correos” no garantiza la fehaciencia de las comunicaciones a efectuar a los socios/accionistas por lo que respecta a la convocatoria de la junta y, por ende, incumple la disposición estatutaria que exige que la convocatoria sea comunicada a los socios/accionistas mediante carta certificada con acuse de recibo.

### **En los estatutos sociales, el régimen de mayorías para la adopción de acuerdos por el consejo debe salvar expresamente la mayoría legal aplicable al nombramiento de consejeros delegados**

**Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de octubre de 2019**

Recuerda la Dirección General que el régimen de mayorías del consejo de administración consistente en la adopción de acuerdos sociales por mayoría absoluta de los consejeros asistentes a la reunión debe salvar expresamente la mayoría establecida para el nombramiento de consejeros delegados -esto es, el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del mencionado órgano social-, so pena de no ser inscrita en el Registro Mercantil.

### **No es inscribible la posibilidad de celebrar la junta “en cualquier parte del territorio de la comunidad autónoma”**

**Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 30 de octubre de 2019**

Entiende la Dirección General que no es inscribible la modificación estatutaria que permite celebrar la junta general de socios en “cualquier parte del territorio de la Comunidad Autónoma donde la sociedad tenga su domicilio”, pues dicha cláusula no determina debidamente el lugar de celebración del referido órgano social y tampoco el lugar de celebración al que hace referencia - esto es, cualquier parte del territorio de la comunidad autónoma- viene referido a un espacio geográfico determinado por un término municipal o espacio menor como ciudad o pueblo.

Cuestión distinta es que la cláusula estatutaria hubiese permitido “la celebración de la junta general en cualquier término municipal dentro de la Comunidad Valenciana donde radique el domicilio de cualquier cooperativa que sea socia [de la sociedad en cuestión]”, ya que, con esta redacción, el lugar de celebración de la junta hubiese sido perfectamente determinable con base en dicha especificación estatutaria.

### **Supresión estatutaria del derecho de separación de socios por ausencia de reparto de dividendos (348 bis LSC): No es necesario que se haga constar en el orden del día el derecho de separación de los socios que voten en contra de la propuesta**

**Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de octubre de 2019**



De conformidad con el criterio de la Dirección General, en aquellos supuestos en los que la junta general de socios/accionistas apruebe por mayoría -con la oposición de parte de los socios/accionistas, como en el presente caso- la supresión estatutaria del derecho de separación en el supuesto de falta de distribución de dividendos, no resulta necesario que conste como punto específico del orden del día el régimen concreto aplicable al derecho de separación del que son titulares aquellos socios/accionistas que hubiesen votado en contra del acuerdo de modificación, ni siquiera el reconocimiento del mismo.

El órgano directivo llega a esta conclusión dada la naturaleza legal -y no estatutaria- del derecho de separación que regula el referido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y acaba reconociendo que “los aspectos de su régimen jurídico tienen acomodo en las normas generales sobre el derecho de separación”.

### **La convocatoria de junta general debe de realizarse únicamente por los medios establecidos en los estatutos sociales**

#### **Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de octubre de 2019**

“Los socios tienen derecho a saber en qué forma específica han de ser convocados, que esa es la única forma en que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención”. La Dirección General no puede ser más clara por lo que al cumplimiento de las reglas estatutarias sobre convocatoria de junta general se refiere.

Partiendo de lo anterior, el órgano directivo rechaza la inscripción de unos acuerdos sociales que habían sido aprobados en una junta general que, según constaba en el documento objeto de inscripción, había sido convocada mediante burofax, contraviniendo así lo dispuesto en los estatutos sociales de la sociedad en cuestión, los cuales, exigían que la convocatoria se efectuase “por medio de carta certificada con aviso de recibo”.

Tal y como admite la Dirección General, lo que ocurre en el presente caso es que en la certificación de los acuerdos sociales se expresa únicamente que la convocatoria se realizó “mediante burofax”, sin que nada se acredite ni se exprese sobre el acuse de recibo de dicha comunicación.

### **En una reducción de capital con devolución de aportaciones es posible aplazar parte del pago al socio saliente**

#### **Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de septiembre de 2019**

La Dirección General, con base en la autonomía de la voluntad de las partes (artículo 1.255 del Código Civil), acepta el hecho de que al socio saliente de una sociedad limitada formada por tres socios (incluyendo al saliente), se le restituya parte de su aportación en el capital mediante pago aplazado, eso sí, habiendo aprobado previamente los tres socios por unanimidad que la devolución de aportaciones al socio saliente vía reducción de capital social se hiciese de dicha manera. En este sentido, se entiende suficiente la declaración del otorgante de la escritura de reducción de capital sobre el hecho de la restitución del valor de las aportaciones y el aplazamiento de parte del mismo (aspecto que deberá constar en la correspondiente inscripción registral).



La Dirección General apoya también su conclusión en el hecho de la inexistencia a la presente fecha de una norma imperativa que imponga el pago al contado del valor de la aportación que se devuelve al socio saliente mediante la reducción de capital y la ausencia de un perjuicio para los acreedores de la sociedad cuyo capital se minora -el aplazamiento en el pago de la suma dineraria que haya de recibir el socio que lo ha consentido es, respecto de los acreedores, res inter alios acta-.

**Retribución del órgano de administración: cabe la posibilidad de establecer estatutariamente que los administradores percibirán, “en su caso”, dietas por asistencia a reuniones del consejo**

**Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de agosto de 2019**

Según la Dirección General, el hecho de prever estatutariamente que la retribución de los miembros del consejo de administración “[...] estará compuesta por (i) una asignación fija, dinerario y en especie y, en su caso, (ii) dietas por asistencia a las reuniones del Consejo de Administración [...]” no contraría la determinación que exigen tanto la doctrina mercantil como los tribunales por lo que respecta al régimen de retribución de los administradores.

En este sentido, el inciso “en su caso” no puede ser interpretado en el sentido de que “resulta indeterminado si existen o no dietas como parte de la retribución” de los consejeros. En palabras de la Dirección General, si se interpreta la disposición estatutaria controvertida “en su conjunto y en el sentido más adecuado para que produzca efecto, debe entenderse en el sentido de previsión efectiva del sistema de retribución consistente en dietas por asistencia, cuya cuantía determinará la junta general y cuya percepción sólo procederá «en su caso», es decir en los casos en que el consejero asista a las reuniones del consejo de administración”.

**Es válida la inscripción de la constitución de una sociedad limitada cuyas participaciones sociales han sido desembolsadas mediante bienes gananciales sin consentimiento del cónyuge**

**Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 9 de agosto de 2019 (BOE 261/2019, de 30 octubre de 2019)**

¿Qué ocurre si un socio aporta a la sociedad bienes gananciales sin el consentimiento de su cónyuge? Aunque la aportación de bienes muebles gananciales efectuada por la socia única sin el consentimiento de su cónyuge vulnera el artículo 1.377 del Código Civil, el cual exige el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos dispositivos a título oneroso como el presente, la Dirección General concluye en este caso que no puede denegarse la inscripción de la sociedad con base en dos motivos: en primer lugar, porque en relación a la constitución, el objeto del registro es la comprobación de que la aportación cubre la cifra de capital social, no los singulares negocios de asunción de las participaciones sociales; y, en segundo lugar, porque la aportación realizada por un cónyuge sin el consentimiento del otro no es nula de pleno derecho sino anulable por el cónyuge que no ha consentido.



Por ello, el negocio dispositivo es válido y eficaz, sin perjuicio de la eventual declaración de nulidad de la aportación, la cual podrá producir, o bien que la sociedad pueda seguir funcionando porque no quede afectado el mínimo de capital requerido, o bien que la sociedad entre en un periodo de liquidación, pero en ningún caso producirá la nulidad sobrevenida, pues ello lo impide el artículo 56 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por ello, concluye la Dirección General que habiéndose realizado el desembolso no puede calificarse como nula la sociedad.

## 2.2 Tributario

### **El TS se pronunciará sobre el plazo de prescripción para liquidar el ISD tras un juicio de testamentaría**

**Tribunal Supremo. Auto de 16 de enero de 2020**

En este caso el Tribunal Supremo determinará si, en caso de que se promueva juicio voluntario de testamentaría o procedimiento para la división de la herencia, el plazo que tiene nuevamente la Administración para determinar la deuda tributaria del ISD mediante liquidación se debe contar desde (i) el día siguiente al de la firmeza de la resolución definitiva que ponga fin al procedimiento judicial, o (ii), desde que los interesados pongan en conocimiento de la Administración la firmeza de la resolución.

A juicio del Tribunal Supremo, la cuestión controvertida presenta interés casacional por no existir pronunciamientos previos sobre este asunto.

### **El Tribunal Supremo se pronunciará sobre si es nula una liquidación de ISD firme que se emitió a un no residente aplicando una ley que, con posterioridad, se declaró contraria al derecho de la Unión Europea**

**Tribunal Supremo. Auto de 17 de octubre de 2019**

En este caso un contribuyente no residente tributó por ISD por obligación real en relación con la adquisición hereditaria de una serie de inmuebles radicados en Aragón. En la liquidación emitida por la administración se le denegó la posibilidad de aplicar la normativa autonómica aragonesa, al ser esta la comunidad en la que se encontraban los inmuebles.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 3 de septiembre de 2014, que se dictó después de adquirir firmeza la liquidación emitida por la administración, declaraba que España vulneraba el ordenamiento comunitario porque que la normativa del ISD, al no permitir la aplicación de normativas autonómicas a no residentes, establecía diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre residentes y no residentes.





Tras esta sentencia, el contribuyente presentó solicitud de declaración de nulidad de pleno derecho de la liquidación emitida por la Administración, por no darle opción a acogerse en ella a la aplicación de la normativa autonómica aragonesa. La declaración de nulidad fue admitida por la Audiencia Nacional en su sentencia de 22 de noviembre de 2018, y recurrida en casación por la Administración.

El Tribunal Supremo considera la existencia de interés casacional y determinará si la doctrina contenida en la sentencia de 3 de septiembre de 2014 del TJUE constituye motivo suficiente para declarar la nulidad de pleno derecho de una liquidación que adquirió firmeza antes de haberse dictado la mencionada sentencia.

### **El Tribunal Supremo se pronunciará sobre si la aportación por un cónyuge de un bien privativo a su sociedad conyugal sin contraprestación, tributa por ISD o por ITP**

**Tribunal Supremo. Auto de 5 de diciembre de 2019**

En este supuesto se produce la aportación, a título gratuito, de bienes privativos de la esposa a la sociedad de gananciales formada junto a su marido.

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (TSJ) estima en la sentencia recurrida que esta aportación no constituye una donación del cónyuge aportante a favor del otro cónyuge sujeta al Impuesto Sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), por cuanto no ha sido éste el destinatario del acto de disposición, sino la comunidad de gananciales.

Así, argumenta el TSJ que la aportación constituye una operación sujeta a Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), a la que le resulta de aplicación la exención relativa a las aportaciones de bienes y derechos por los cónyuges a su sociedad conyugal.

El Tribunal Supremo establecerá jurisprudencia para determinar si en este supuesto la aportación de bienes a la sociedad conyugal se encuentra sujeta al ISD o, por el contrario, al ITPAJD y, en el primer caso, si el sujeto pasivo es la sociedad de gananciales o el otro cónyuge.

### **El Tribunal Supremo se pronunciará sobre si es posible aplicar la exención de empresa familiar en el IP a un préstamo participativo otorgado a una sociedad**

**Tribunal Supremo. Auto de 31 de enero de 2020**

El Tribunal Supremo resolverá el recurso de casación presentado frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 8 de marzo de 2019, a la que hacíamos referencia en el apartado de [sentencias tributarias](#) de nuestra última edición de la Newsletter de Empresa Familiar.



En la sentencia recurrida, el tribunal estimó que la exención de empresa familiar prevista en el Impuesto sobre el Patrimonio se aplica a las participaciones en el capital de la sociedad prestataria, y no a los préstamos participativos otorgados a ésta. Argumentaba 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.

Ante la falta de jurisprudencia al respecto, el Tribunal Supremo aprecia interés casacional y precisará si la exención de empresa familiar en el IP puede entenderse aplicable a los préstamos participativos contraídos con entidades. Ello, según establece el tribunal en su auto, habida cuenta de la equiparación que se realiza entre préstamos participativos y fondos propios de entidades mercantiles en el real decreto que regula el funcionamiento de este tipo de préstamos.

### **A efectos del IS (régimen de sociedades patrimoniales) existe actividad económica de arrendamiento de inmuebles aunque los requisitos de persona y local se cumplan en otra empresa del grupo**

#### **Audiencia Nacional. Sentencia de 23 de septiembre de 2019**

La Audiencia Nacional analiza un caso en el que se discute la aplicación del régimen de sociedades patrimoniales a los efectos del Impuesto sobre Sociedades vigente en los ejercicios 2005 y 2006.

En este caso existe una sociedad que se dedicaba a la actividad de arrendamiento de inmuebles y la controversia se centra en el cumplimiento de los requisitos de persona contratada a jornada completa y local para que esta actividad tenga la consideración de actividad económica.

En particular, la sociedad contaba un local y cinco trabajadores para la gestión del arrendamiento de sus inmuebles que, a partir de un determinado ejercicio, pasaron a otra entidad del grupo. En ese momento la entidad que recibió los medios materiales y humanos suscribió un contrato con la entidad dedicada al arrendamiento para la gestión de la actividad inmobiliaria con los medios recibidos.

La Audiencia Nacional considera que, aunque se hubiese pretendido ficticiamente el incumplimiento de los requisitos de persona y local en la entidad dedicada al arrendamiento, con el traslado de los medios a otra sociedad del grupo, resulta acreditado que este traslado no supuso un cambio significativo, pues los trabajadores empleados continuaron desarrollando la misma actividad.

La Audiencia Nacional concluye que, considerando la actividad del grupo de forma global, suponía de facto una actividad económica aunque formalmente la sociedad no cumpliera con los requisitos establecidos para ello, según la legislación vigente en los ejercicios 2005 y 2006.

La Sala valora en su sentencia, además, que atendiendo al volumen de la actividad arrendaticia (25 naves industriales que generan más de 2 millones de euros de ingresos de explotación) así como a la antigüedad de las naves (que requerían constante supervisión y la realización de obras de adaptación y supervisión), resultaba imposible su gestión sin el apoyo de una organización de medios materiales y personales.



## **Las rentas obtenidas por la venta de participaciones sociales no constituyen beneficios procedentes de actividades económicas**

**Audiencia Nacional. Sentencia de 28 de junio de 2019**

La Audiencia Nacional analiza un caso en el que se discute la calificación de una sociedad como patrimonial a los efectos del Impuesto sobre Sociedades vigente en el ejercicio 2006.

La sociedad transmitió en el mes de julio de 2006 su participación en otra sociedad en la que poseía más del 5% de los derechos de voto, en la que más del 90% de los ingresos de procedían de actividades económicas y cuyo administrador era el mismo que el de la sociedad cuya patrimonialidad se cuestiona.

La Audiencia Nacional declara la patrimonialidad de la sociedad por la composición de su activo en el periodo comprendido entre la fecha de venta de las participaciones y el final del ejercicio. Argumenta la Audiencia Nacional, en línea con lo establecido en su sentencia de 27 de diciembre de 2018 (que a su vez se remitía al criterio establecido por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 19 de octubre de 2017 y de 28 de febrero de 2017), que no se puede entender que las rentas derivadas de la transmisión de participaciones son beneficios procedentes de actividades económicas (como ocurre con los dividendos repartidos por sociedades en las que se participa en más del 5% y cuyos ingresos procedan en más de un 90% de actividades económicas). Ello es así, según la sentencia, puesto que al transmitir la participación en la sociedad se abandona la actividad empresarial de forma definitiva, y no de forma coyuntural.

## **El ajuar doméstico adjudicado en su totalidad al cónyuge viudo en la disolución de la sociedad de gananciales no forma parte de la masa hereditaria del fallecido**

**Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sentencia de 15 de octubre de 2019**

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia analiza la procedencia de incluir en la masa hereditaria del fallecido el ajuar doméstico cuando éste había sido atribuido en su totalidad a la esposa viuda en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Considera el tribunal que, en la medida en que en el documento liquidatorio de la sociedad de gananciales se adjudicó la totalidad del ajuar doméstico a la viuda, dicho ajuar no puede integrar la masa hereditaria porque no existe entre los bienes del fallecido.

## **Un contrato de préstamo entre padre e hijo no inscrito en ningún registro público ni incluido en las declaraciones del IP no destruye la presunción de existencia de una donación establecida en la Ley del ISD**

**Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia. Sentencia de 12 de septiembre de 2019**

La Administración Tributaria consideró que la entrega de un cheque por parte de un padre a su hijo para que adquiriera una parcela, que el recurrente consideró como un préstamo, constituía en realidad una donación sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD).



El tribunal, en línea con lo establecido en su sentencia de fecha 29 de mayo de 2019, en la que se enjuiciaba un supuesto similar al que nos ocupa, concluye que en este caso no se ha desvirtuado la presunción de existencia de una donación entre el padre y el hijo que establece la Ley del ISD. En esta norma se presume la existencia de una donación cuando se produce la disminución del patrimonio de una persona y, simultáneamente o con posterioridad, el incremento de patrimonio correspondiente en el cónyuge, descendientes, herederos o legatarios.

Así, argumenta el tribunal, hechos como la no presentación ante la Administración Tributaria para su liquidación del contrato privado de préstamo que sustentaba la transferencia de fondos, su no incorporación ni inscripción en un registro público, y la no inclusión del préstamo en las declaraciones del Impuesto sobre Patrimonio de los supuestos prestamista y prestatario, no permiten entender desvirtuada la presunción de existencia de donación, correspondiendo la carga de la prueba al contribuyente.

En la mencionada sentencia de fecha 29 de mayo de 2019, a la que hace referencia la que aquí se analiza, el tribunal tampoco consideró suficiente para desvirtuar la presunción de la existencia de donación el hecho de que en las transferencias que dieron lugar al traspaso patrimonial entre padre e hijo (en el supuesto analizado en esa sentencia) figurara el concepto “préstamo”. Ni tampoco la testifical del economista que llevaba las cuentas del padre en la que declaraba que utilizaba en las transferencias el concepto que el padre le trasladaba.

En consecuencia, el tribunal considera que nos encontramos ante una donación y no ante un préstamo, confirmando la liquidación del ISD y la sanción impuesta por la Administración Tributaria.

### **IP: La mera disponibilidad de unas imposiciones bancarias no acredita que sean activos afectos a la actividad económica**

#### **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia de 12 de abril de 2019**

Se analiza en este caso la afectación a la actividad inmobiliaria de una sociedad de unas imposiciones bancarias que la inspección y el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía habían calificado como activos no afectos para la aplicación del régimen de empresa familiar en el Impuesto sobre el Patrimonio.

Considera el tribunal que es posible considerar dichos activos como afectos a la actividad, pero que hay que analizar las circunstancias del caso concreto para determinar su afectación, correspondiendo la carga de la prueba al contribuyente.

Establece el tribunal que el contribuyente debe acreditar que la afectación de estos bienes es real y efectiva en el momento del devengo del impuesto, sin que la mera disponibilidad o susceptibilidad de utilización de los activos sea concepto equiparable.

En este caso, considera el tribunal que no se consideró probado que la necesidad de los activos financieros haya sido real y efectiva, y no una mera hipótesis de futuro. Remarca además la sentencia que no se presentó siquiera un plan de negocio para acreditar la afectación.



## **La constitución de un depósito del que son cotitulares dos cónyuges con dinero privativo de uno de ellos constituye una donación**

**Tribunal Económico Administrativo Central. Resolución de 18 de septiembre de 2019**

En este caso uno de los cónyuges transmitió acciones privativas e invirtió el dinero obtenido en depósitos de renta fija, figurando como titulares de estos depósitos él y su mujer.

Entiende el tribunal que la mujer no es una mera persona designada que pueda retirar una cuantía de efectivo como puede suceder en un contrato de cuenta corriente, sino que, al constar los dos cónyuges como depositarios, ambos son dueños de lo depositado. Por tanto, se trata de un depósito suscrito por mitades por los cónyuges con dinero privativo de uno de ellos, lo que constituye una donación del marido a su mujer

Valora el TEAC en su resolución el hecho de que los cónyuges estuvieran casados en régimen de separación de bienes y, tras la suscripción del depósito, ambos computaran los rendimientos obtenidos por mitades en sus declaraciones del IRPF e imputaran también de esta forma el valor de los depósitos en sus declaraciones del IP.

Considera asimismo el tribunal que la información contenida en estas declaraciones constituye una presunción sobre la titularidad de los activos por parte de ambos cónyuges, que no queda desvirtuada por el hecho de que éstos manifestaran que incurrieron en un error en su preparación.

## **La pérdida patrimonial ‘fiscal’ que se produce en una donación es deducible en el IRPF del donante**

**Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana. Resolución de 30 de septiembre de 2019**

Tal y como establece la resolución, el Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana (TEARV) modifica su propio criterio y el establecido por la Dirección General de Tributos (en consultas tales como la V2440-10 o la V1970-18, entre otras) al considerar que, si bien la donación no genera una pérdida patrimonial en el IRPF del donante por el importe del valor del bien donado, sí puede generar una pérdida patrimonial computable en su Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

Argumenta el tribunal que deben diferenciarse dos tipos de pérdidas patrimoniales que pueden producirse en una donación: la “pérdida patrimonial económica” y la “pérdida patrimonial fiscal”.

Así, la “pérdida patrimonial económica” es la que necesariamente se produce como consecuencia de la salida de bienes del patrimonio del donante sin que se produzca la entrada de otros en contraprestación. Sobre esta pérdida nunca ha habido duda de que no puede computarse en el IRPF del donante.

Por otro lado la “pérdida patrimonial fiscal” es la que se genera en el IRPF del donante por la diferencia positiva entre el valor de adquisición del bien y su valor a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en el momento de su donación. Esta pérdida, a juicio del TEARV, es la que sí puede computarse en el IRPF del donante.



**Los no residentes que sean beneficiarios de seguros de vida sin tener la condición de herederos pueden aplicar la normativa del ISD de la comunidad autónoma donde el contratante tuviera su residencia habitual**

Dirección General de Tributos. Consulta V3180-09 de 15 de noviembre de 2019

La Dirección General de Tributos (DGT) analiza la normativa del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) aplicable por un residente en México en su condición de beneficiario de un seguro de vida contratado por su abuela, residente en fiscal en Madrid. Se plantean dos posibilidades: que el beneficiario del seguro tenga además la condición de heredero, y que sólo tenga la condición de beneficiario del seguro.

En el primer supuesto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la DGT considera que el beneficiario no residente del seguro podría optar por la aplicación de la normativa autonómica del ISD que corresponda, de acuerdo con las reglas contenidas en la Ley del ISD, a pesar de residir en un país ajeno al Espacio Económico Europeo. Si bien al tener el beneficiario la condición de heredero, el importe del seguro se acumulará al resto de su porción hereditaria.

En el caso de que el beneficiario no residente del seguro de vida no tenga la condición de heredero, a pesar de que no constituye un supuesto recogido expresamente en la normativa, entiende la DGT que, de acuerdo con su finalidad, se debe permitir la aplicación de la normativa autonómica del ISD, por lo que el beneficiario del seguro tendría derecho a optar por la aplicación de la normativa propia de la comunidad autónoma donde el contratante del seguro tuviera su residencia habitual.

**Cuando la principal fuente de renta procede de la realización de funciones directivas como administrador único de una sociedad es necesario que el cargo conste como retribuido en los estatutos**

Dirección General de Tributos. Consulta V2587-19, de 23 de septiembre de 2019

En este supuesto existe una sociedad participada, entre otros, por un padre y por su hija, perteneciendo esta última a su consejo de administración.

El padre realiza la aportación de su participación en la sociedad a una sociedad *holding*, que estaría, por tanto, íntegramente participada por él. Su hija ostentaría el cargo de administradora única en la *holding*, manteniendo su pertenencia al consejo de administración de la filial.

Entre otros asuntos, el padre se plantea el impacto que tendrían las siguientes alternativas en el cumplimiento del requisito del ejercicio de funciones directivas y obtención de la principal fuente de renta, a efectos de aplicar la exención de empresa familiar en el Impuesto sobre el Patrimonio de su participación en la sociedad holding:

- En la primera, su hija ejercería funciones de dirección en la sociedad holding como administradora única de forma gratuita, si bien mantendría su cargo en el consejo de administración de la sociedad filial con carácter retribuido. La Dirección General de Tributos (DGT) manifiesta que en este supuesto no se cumpliría el requisito de la principal fuente de renta, ya que la retribución que percibiría la hija procedería de su condición de miembro del



consejo de administración de la sociedad filial, y no de la realización de funciones directivas con carácter retribuido en la sociedad *holding*.

- En la segunda alternativa su hija cesaría en el cargo de consejera de la sociedad filial para ejercer el cargo de administradora de la sociedad Holding con carácter retribuido. La DGT, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, entiende que no es necesario que la hija ostente ninguna participación en la sociedad *holding* para el cumplimiento del requisito de realización de funciones directivas y percepción de la principal fuente de renta.

No obstante, advierte la DGT que los estatutos sociales de la sociedad *holding*, deberán prever el sistema de remuneración de los administradores.

**En una donación de dinero realizada a su hijo no residente en España se podrá aplicar la normativa de la comunidad autónoma donde se haya situado el dinero un mayor número de días de los últimos cinco años**

**Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V3059-19, de 30 de octubre de 2019**

El consultante, no residente fiscal en España, va a recibir una donación dineraria de sus padres, residentes en Andalucía, quienes para ello realizarán una transferencia bancaria desde una cuenta situada en Andalucía a otra situada en el extranjero.

En primer lugar, partiendo de la base de que el dinero está situado en España en el momento de la donación, la Dirección General de Tributos establece que el consultante estará sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) por obligación real.

En este caso, concluye la consulta, el consultante tendrá derecho a la aplicación de la normativa propia del ISD aprobada por la comunidad autónoma donde haya estado situado el dinero un mayor número de días del periodo de los cinco años inmediatos anteriores contados de fecha a fecha, que según manifiesta el consultante es la Comunidad Autónoma de Andalucía.



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

