

2020

Junio

NEWSLETTER

EMPRESA FAMILIAR



GARRIGUES

Artículos - Sentencias - Resoluciones

ÍNDICE

1. Artículos

- 1.1 COVID-19: ¿Con qué herramientas concursales cuenta la empresa familiar para superar esta crisis?
- 1.2 El empresario familiar ante la subida de impuestos
- 1.3 Principales novedades societarias del COVID-19: juntas y consejos telemáticos, cuentas anuales, derecho de separación, reparto de dividendos y disolución por pérdidas
- 1.4 La llamada ‘herencia en vida’ en Galicia: así son los pactos sucesorios de mejora y apartación

2. Sentencias, resoluciones y consultas

- 2.1 Mercantil y Civil
- 2.2 Tributario

1. Artículos

1.1 COVID-19: ¿Con qué herramientas concursales cuenta la empresa familiar para superar esta crisis?

[Marina Lorente](#)

El estado de alarma ha provocado la paralización de la actividad en muchos sectores a los que se dedica la empresa familiar y un consecuente descenso en los ingresos. Con motivo de ello, muchos empresarios han adoptado medidas urgentes para recortar sus gastos, tramitando, por ejemplo, ERTes, y se han aprovisionado de liquidez mediante la solicitud de líneas ICO aprobadas por el Gobierno. Tras estos pasos, las empresas familiares deben saber que cuentan con un abanico de herramientas en el ámbito concursal y pre-concursal que, bien enfocadas, pueden ayudarlas a mantener su viabilidad para superar con éxito la situación en la que se encuentran.

Estas herramientas concursales, además, han sido sistematizadas y clarificadas en un nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal recientemente aprobado y que entrará en vigor el próximo 1 de septiembre. Adicionalmente, es necesario saber que el estado de alarma ha supuesto la adopción de algunas medidas procesales y organizativas en el ámbito de la justicia que ayudarán a incentivar la apuesta por la viabilidad de las empresas y a agilizar estos procesos concursales en el corto y medio plazo.

De acuerdo con la Ley Concursal, se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, siendo un deber legal solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Sin entrar ahora a analizar el concepto de insolvencia en detalle, lo cierto es que la situación actual puede provocar que muchos empresarios se encuentren en la disyuntiva de no poder hacer frente a sus obligaciones exigibles en los términos pactados y que comiencen a acumular deudas financieras, de proveedores, de acreedores públicos, etc. Sea esta situación de insolvencia coyuntural -por obedecer simplemente a las extraordinarias circunstancias actuales- o no, la empresa familiar ha de sopesar las distintas opciones que existen en el tablero de juego para reestructurar su deuda y los plazos que tiene para ello, de forma que puedan salvar la empresa y los administradores no incurran en ningún tipo de responsabilidad.

Una de las medidas excepcionales adoptadas en el ámbito de la justicia por el Gobierno ha sido conceder una **moratoria** a los deudores que se encuentran en estado de insolvencia para solicitar la declaración de concurso hasta el 31 de diciembre de 2020. Queda suspendida, pues, hasta dicha

fecha la obligación de actuar en el plazo de dos meses que recogíamos en el párrafo anterior. Del mismo modo, hasta el 31 de diciembre de 2020, en principio, no se admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario formuladas por los acreedores contra el deudor.

No obstante, los administradores no deben confiarse pues ello no significa que no puedan incurrir en responsabilidades por **causar o agravar la insolvencia** de la compañía durante este periodo. Además, la empresa familiar deberá valorar los riesgos de que los acreedores puedan instar sus remedios para la recuperación de sus créditos e **iniciar ejecuciones contra el patrimonio** de la compañía, ya que tales ejecuciones no han sido desactivadas por el estado de alarma.

Así, de un lado, la empresa familiar puede plantearse reconducir su situación a través de **soluciones pre-concursales**, sobre todo si todavía no existieran contra la empresa procesos de ejecuciones judiciales o extrajudiciales. Entre ellas subrayamos el **acuerdo de refinanciación homologado judicialmente**, como herramienta de refinanciación y reestructuración que permite imponer a los acreedores que no firman el acuerdo (“*cram down*”) determinados efectos sobre sus créditos como esperas, quitas, conversiones de deuda en acciones o préstamos participativos; se trata de un acuerdo pensado exclusivamente para pasivos financieros. Y también el **acuerdo extrajudicial de pagos**, este último negociado y cerrado íntegramente fuera del juzgado con ayuda de un mediador concursal; los acuerdos extrajudiciales de pagos también pueden ser impuestos al resto de acreedores con unas determinadas mayorías y están pensados para las empresas de menor tamaño (atendiendo a la estimación del activo o el pasivo -menor de cinco millones de euros- o al número de acreedores). En ninguno de ellos se prevé, de momento, poder incluir al crédito público.

Estas soluciones pre-concursales pueden ir acompañadas de una **comunicación previa al juzgado de las negociaciones** o pre-concurso para que las empresas puedan fraguar el acuerdo con sus acreedores desde una plataforma de estabilidad durante un plazo de tres meses. A través de dicha comunicación, se dispensa momentáneamente del deber de solicitar el concurso y se inactivan los concursos necesarios (algo que el régimen del estado de alarma ya ha decretado legalmente y con carácter excepcional hasta el 31 de diciembre); pero lo que puede resultar más interesante del pre-concurso en el contexto actual es que durante el periodo de negociaciones se protege al deudor frente a ejecuciones contra su patrimonio.

Los acuerdos de refinanciación homologados o los acuerdos extrajudiciales de pagos tienen la ventaja de conllevar menor tiempo y coste que un proceso concursal por lo que son una buena apuesta si se considera que hay una posibilidad real de alcanzar un acuerdo con los acreedores. Es posible pedir el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, para evitar hacer pública la situación de pre-concurso. Estos acuerdos, además, están protegidos frente a una eventual rescisión concursal en el supuesto de que posteriormente se declarase el concurso de acreedores.



‘Hibernar’ durante la crisis

Ahora bien, de otro lado, el **concurso de acreedores**, puede ser una herramienta útil para los deudores que necesiten *hibernar* durante la crisis del COVID-19 mientras deciden qué opción de reestructuración necesitan para la empresa familiar. Y ello, sin esperar hasta el último momento que les concede la moratoria arriba apuntada. En este punto, hemos de recordar que el concurso - que se tramitará ante el juzgado de lo mercantil- permitirá a la empresa familiar dejar de pagar sus deudas anteriores sin que los acreedores puedan ejecutar sus créditos y embargar el patrimonio del deudor ya que, al igual que en el caso del pre-concurso, durante el concurso, la empresa familiar gozará del *escudo protector* que le hará inmune frente a ejecuciones o embargos de sus acreedores (incluyendo también aquí a los créditos públicos). El empresario podría así paralizar el pago del servicio de la deuda, que en muchos casos ni siquiera devengaría intereses, y centrarse en hacer los pagos asociados a los contratos operativos o de circulante necesarios para la continuación de su actividad, con la consiguiente mejora en la posición de su tesorería. Asimismo, el citado escudo impide que las contrapartes contractuales del empresario puedan resolver contratos extrajudicialmente, debiendo decidir al respecto el juez de lo mercantil, quien puede mantener un contrato incumplido en vigor en interés del concurso.

Además, el **abanico de medidas de reestructuración** en el concurso es muy amplio. En el concurso se pueden llevar a cabo medidas de reestructuración operativa como, por ejemplo, recortes de plantilla, si hiciera falta, o la resolución de contratos gravosos y el mantenimiento de aquellos que realmente sean esenciales, y ello sin necesidad de hacer uso de la fuerza mayor o de las cláusulas *rebus sic standibus* de las que tanto se ha echado mano en los últimos tiempos. Igualmente, en el concurso tienen cabida herramientas de reestructuración financiera a través de un convenio con los acreedores con opciones de contenido también muy diverso, todas ellas aptas para poder superar la insolvencia.

Por su parte, el concurso también es un caldo de cultivo idóneo para llevar a cabo la **venta de una o varias unidades productivas** delimitando el perímetro exacto de los elementos que conformarían dicha unidad productiva y teniendo la opción, incluso, de poder hacerlo de un modo ágil al comienzo del procedimiento, a través de los denominados “*pre-pack*”, sin que sea descartable que pudiera ser el propio socio de la empresa familiar el adquirente último de las mismas, si bien con algunas restricciones. Las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas en los concursos se han decretado de tramitación judicial preferente hasta el próximo mes de marzo de 2021 con el claro propósito de mantener la actividad de las empresas y preservar su valor.



No debe olvidarse, por último, que entre las medidas decretadas a raíz del estado de alarma se encuentra también la medida de carácter temporal de la **mejora en el rango del dinero nuevo aportado por los socios de una sociedad concursada**, que, habitualmente, tiene un rango de crédito subordinado (postergado en el tiempo, sin garantías y sin derecho de voto). Esta medida incentiva la inyección de financiación de los socios o personas vinculadas a la empresa familiar. Cuando la financiación haya sido canalizada a través de un convenio de acreedores, esta financiación podrá contar con el máximo rango de prelación (crédito contra la masa) si posteriormente se incumple el convenio y se abre la liquidación. Si se trata de ingresos de dinero por parte de personas vinculadas a la empresa familiar producidos tras la declaración del estado de alarma, o subrogaciones por pagos realizados por estas personas especialmente relacionadas también realizados tras el estado de alarma, esta financiación tendrá el carácter ordinario si se declara un concurso antes del 15 de marzo de 2022.

Análisis y adopción de medidas

En definitiva, son muchas las opciones que tiene la empresa familiar que pueda haber caído en situación de insolvencia con motivo de la crisis del COVID-19; entre ellas, es destacable el papel del concurso cuyo estigma asociado debe dejarse a un lado, pues realmente se trata una herramienta que sirve para ayudar y proteger a la empresa familiar en dificultades, con incontables medidas a disposición del empresario deudor. A la vista de los presupuestos de la insolvencia que apliquen a la compañía, los requisitos necesarios para acceder a las distintas herramientas concursales y los efectos y consecuencias que de cada una de ellas se derivan, cada empresa familiar deberá recibir su asesoramiento a medida. En cualquier caso, no debe retrasarse el correspondiente análisis y la adopción de medidas para no reducir el espectro de soluciones disponibles y las alternativas de viabilidad de la empresa familiar.

Veremos si las medidas adicionales de agilización aprobadas para muchos de los trámites concursales (tramitación preferente, evitación de vistas u otros) y las medidas de refuerzo (en materia de personal, días hábiles y horarios, por ejemplo) aprobadas en general para todos los juzgados favorecen soluciones eficaces.



1.2 El empresario familiar ante la subida de impuestos

José María Pérez

Ante un previsible incremento de la carga impositiva, conviene valorar aquellas actuaciones que, dando cumplimiento a los objetivos e inquietudes del empresario familiar, pudieran mejorar su posición ante las posibles novedades tributarias relacionadas con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el Impuesto sobre el Patrimonio, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o el Impuesto sobre Sociedades.

El desplome de la economía mundial, y en particular de la española, como consecuencia del COVID-19, unido a la necesidad de generar ingresos para intentar equilibrar los Presupuestos Generales del Estado parece abocarnos, como ya se viene anticipando en los medios de comunicación, a un incremento de la presión fiscal.

Sin embargo, esta previsión no es una novedad. La mayoría de las posibles medidas anunciadas ya venían recogidas en algunos de los borradores de leyes o anteproyectos de ley que vieron la luz el pasado año.

Así, cabe recordar, entre otros, el incremento de los tipos impositivos aplicables a los tramos estatales de las bases general y del ahorro del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el incremento del tipo marginal del Impuesto sobre el Patrimonio (IP) o la reducción de la exención aplicable a los dividendos o plusvalías obtenidos por personas jurídicas por su participación cualificada en sociedades.

Mención aparte merecen otras propuestas, como la fijación de un gravamen mínimo estatal en el IP e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISyD) o el impuesto a las grandes fortunas, de gran eco mediático, que por distintos motivos, que no vienen al caso en este artículo, parece *a priori* complicado que vean la luz en los términos anunciados, a falta de una mayor concreción.

En cualquier caso, y con independencia de la situación excepcional que estamos viviendo a resultas de la pandemia, lo cierto es que desde hace algo más de un año, de forma clara y reiterada el Ejecutivo ha venido avisando del cómo y del donde, dejando el “cuándo” al albur de que las circunstancias lo permitan.

Pues bien, sin entrar a valorar si esas circunstancias se dan en el momento actual o no, parece cuanto menos prudente valorar aquellas actuaciones que, dando cumplimiento a los objetivos e inquietudes del empresario familiar, pudieran mejorar su posición ante la entrada en vigor de los cambios normativos anunciados.



Así, a modo enunciativo y no limitativo, cabría considerar, entre otras, las siguientes medidas:

1. En el ámbito del ISyD

Los residentes fiscales o titulares de inmuebles sitos en comunidades autónomas en las que se haya establecido algún tipo de beneficio a las transmisiones lucrativas *inter vivos* (bonificación, reducción o exención) pueden valorar la posibilidad de realizar donaciones a riesgo de que los incentivos aplicables a las transmisiones lucrativas *mortis causa* o *inter vivos* pudieran desaparecer.

A la reflexión anterior cabe añadir que nuestro ordenamiento contempla opciones que permiten, cuanto menos, mitigar los temores que este tipo de operaciones genera en sede de los donantes (miedo a la despatrimonialización o a la pérdida del control de la empresa familiar). En este sentido, y en función de las circunstancias y los objetivos perseguidos en cada caso, existen posibilidades como desgajar la nuda propiedad y el usufructo para donar una u otro, o el establecimiento de algún tipo de reserva o condición

2. En el ámbito del IP

- a) La transmisión de bienes a favor de descendientes lleva implícita la reducción de la base imponible del IP del donante, lo que supone romper la progresividad de la escala del IP y, en la mayor parte de los casos, minorar la carga fiscal conjunta.
- b) Por otro lado, debe valorarse la posibilidad de registrar las minusvalías latentes que pudieran tener los activos de las sociedades participadas. Dicho registro supondrá una minoración de los fondos propios y, por tanto, del valor de la sociedad participada a efectos del IP.

3. En el ámbito del IRPF

Ante la posibilidad de que se produzca una subida de los tipos impositivos, en el ámbito del IRPF deben valorarse, entre otras, las siguientes opciones:

- a) Revisar la aplicación de las exenciones, en particular la relacionada con las retribuciones por trabajos realizados en el extranjero, cuyo campo de aplicación se ha flexibilizado tras los últimos pronunciamientos administrativos.
- b) Analizar las alternativas de retribución flexible previstas, fundamentalmente, para directivos (como ocurre en el caso de los seguros mixtos de riesgo y ahorro).



- c) Llevar a cabo cuando sea posible una adecuada planificación de rentas, por ejemplo, analizando el impacto en el límite conjunto IRPF/IP, o valorando el eventual impacto de la aplicación de la regla de pagos a plazo respecto a la imputación de determinadas rentas.

4. En el ámbito del Impuesto sobre Sociedades

La propuesta de gravar, en parte, los dividendos o plusvalías obtenidos por personas jurídicas por su participación cualificada en sociedades, obliga a valorar de forma distinta a como se venía haciendo las decisiones de reparto de dividendos o venta de sociedades. Esta reflexión tiene mucha más relevancia en grupos de sociedades con diferentes niveles en los que la anunciada medida tiene un efecto multiplicador sobre una misma renta, donde resultará recomendable plantear la idoneidad de la estructura.

Cabe concluir señalando que cualquier actuación que se lleve a cabo deberá estar alineada no sólo a unos objetivos fiscales sino a unos objetivos personales, familiares y empresariales que, como si de un traje a la medida se tratara, nos posicionen de la mejor manera posible para abordar un futuro incierto no sólo en los aspectos tributarios.

1.3 Principales novedades societarias del COVID-19: juntas y consejos telemáticos, cuentas anuales, derecho de separación, reparto de dividendos y disolución por pérdidas

[Francisco Martínez Iglesias](#)

Analizamos el impacto del COVID-19 en la legislación en materia de derecho de sociedades no cotizadas, haciendo un repaso de las principales novedades legislativas que han generado un nuevo régimen excepcional para la regulación de numerosos aspectos de las sociedades mercantiles.

Las novedades legislativas en materia de derecho de sociedades mercantiles introducidas como consecuencia del estado de alarma durante los meses de marzo, abril, mayo y primeros días de junio han respondido a dos preocupaciones básicas, por un lado, evitar o reducir el riesgo sanitario derivado de reuniones físicas de personas y, por otro, proteger los recursos propios de las sociedades y limitar el impacto y consecuencias legales derivados de una posible reducción excepcional de los mismos.



Merece la pena, en todo caso, hacer dos consideraciones generales previas a comentar las novedades concretas más relevantes. Por un lado, que estamos ante un derecho excepcional que, por tanto, debe ser interpretado de forma restrictiva y sin que sea posible su aplicación analógica con carácter general. Y, por otro lado, que no podemos descartar que la experiencia de los próximos meses genere cambios legislativos tendentes a normalizar alguno de los supuestos regulados ahora de forma excepcional.

Las principales modificaciones legislativas se inician con el artículo 40 del Real Decreto-ley (RDL) 8/2020, de 17 de marzo (RDL 8/2020), algunos de cuyos apartados han ido sufriendo modificaciones en los sucesivos RDLs promulgados con posterioridad durante el estado de alarma.

Juntas y consejos telemáticos

La primera novedad a destacar ha sido permitir la celebración por las sociedades mercantiles, aunque sus estatutos no lo prevean, de juntas de socios y sesiones de órganos de administración (incluidas comisiones delegadas) por videoconferencia o conferencia telefónica múltiple, siempre que los asistentes dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano pueda reconocer su identidad y se cumplan otros requisitos formales. Merece la pena destacar que la normativa se remite al término “celebrar” por medios telemáticos, yendo por tanto más allá que la regulación actual de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), que para juntas de socios tan solo prevé la “asistencia” y no la “celebración” por medios telemáticos. La posibilidad de asistir y celebrar reuniones telemáticas en órganos de administración se ha demostrado muy útil en la práctica y no nos plantea inconveniente alguno, dado el carácter más ágil y reducido en número de componentes de estos órganos. Más atentos hay que estar a los inconvenientes prácticos de permitir la asistencia telemática en juntas de compañías con alto número de socios sin vinculación entre ellos, dado el necesario equilibrio que debe haber entre la flexibilidad que esta opción concede y el respeto a los derechos de información y asistencia de los socios. El reciente RDL 21/2020, de 9 de junio, ha concretado el plazo de vigencia de la posibilidad de celebrar juntas y consejos de forma telemática hasta el 31 de diciembre de 2020¹. Estamos convencidos de que numerosas compañías introducirán esta opción en sus estatutos para poder seguir aplicándola en el futuro, principalmente en reuniones del órgano de administración.

¹ Solventando la inseguridad derivada de no poder anticipar la fecha del fin de vigencia de esta norma, puesta de manifiesto en los comunicados de 10 de marzo y 28 de abril de la CNMV (este último junto con el Colegio de Registradores) sobre juntas generales de sociedades cotizadas.



Formulación y aprobación de cuentas. Informe de auditoría

La nueva normativa de excepción ha modificado también los plazos para la formulación y aprobación de cuentas anuales por los órganos sociales de las sociedades, sin cambiar en este caso el procedimiento ni los elementos esenciales relativos a las cuentas de las sociedades sino simplemente retrasando los plazos. Así, tras la modificación del RDL 19/2020, de 26 de mayo, las sociedades que no hubieran formulado sus cuentas en la fecha de declaración del estado de alarma tendrán un plazo para formularlas de tres meses a contar desde el 1 de junio (no desde el fin del estado de alarma), y un plazo adicional de dos meses desde el fin del anterior plazo de formulación para su aprobación por la junta de socios (es decir, no más tarde del 31 de octubre). El plazo para la verificación contable de las cuentas por el auditor sigue siendo el legal de un mes desde que se entreguen las cuentas formuladas al auditor, salvo que las cuentas se hayan formulado antes de o durante el estado de alarma, en cuyo caso el plazo para la emisión del informe de auditoría pasa a ser de dos meses desde el fin del estado de alarma.

Adicionalmente, a raíz del RDL 11/2020, de 31 de marzo, la nueva normativa dedica una especial atención a la propuesta de aplicación de resultado, permitiendo que las sociedades mercantiles que, habiendo formulado sus cuentas anuales, convoquen la junta general ordinaria a partir del 2 de abril de 2020, podrán sustituir la propuesta de aplicación del resultado contenida en la memoria por otra propuesta debidamente justificada por el órgano de administración y acompañada de un escrito del auditor de cuentas a tal efecto. Se trata, en definitiva, de favorecer que las sociedades destinen sus resultados a fortalecer recursos propios ante los riesgos derivados del impacto del COVID-19.

Derecho de separación, distribución de dividendos y disolución por pérdidas

Con la referencia a la nueva normativa temporal sobre la propuesta de aplicación de resultado entramos en el segundo bloque de modificaciones legislativas, dirigidas a fortalecer y evitar el riesgo derivado del debilitamiento de los recursos propios de las sociedades mercantiles, y que afectan a los ámbitos del derecho de separación, la distribución de dividendos y la disolución por pérdidas.

Así, el RDL 8/2020 deja en suspenso el derecho de separación, disponiendo que, aunque concurra causa legal o estatutaria, en las sociedades de capital los socios no podrán ejercitar el derecho de separación hasta que finalice el estado de alarma. De nuevo, se trata de evitar a las sociedades, en un momento como este, el riesgo de tener que destinar una parte de sus recursos propios a sufragar la salida de uno o varios socios, con el consiguiente potencial perjuicio para el resto de acreedores



de la compañía, si bien debe destacarse que esta prohibición aplica únicamente durante el estado de alarma.

La suspensión del derecho de separación durante el estado de alarma hila con otro precepto con experiencia de haber sido dejado en suspenso en anteriores épocas de crisis, como es el artículo 348 bis de la LSC que regula el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos. Así, en el RDL 18/2020, de 12 de mayo, el legislador ha optado por establecer que las sociedades mercantiles que se hayan acogido a los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) regulados en el artículo 1 de dicho RDL (de forma que debe analizarse el tipo de ERTE aplicado por la sociedad en cada caso concreto) no podrán proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen estos ERTE, dejando expresamente sin efecto el derecho de separación del citado artículo 348 bis de la LSC en el ejercicio fiscal en que sea de aplicación esta prohibición de distribuir dividendos. Es decir, el legislador opta por una medida de mayor fuerza al prohibir el reparto de dividendos en ciertos casos, pero no suspende con carácter general tras el estado de alarma el derecho de separación del artículo 348 bis de la LSC para aquellas empresas que, pudiendo repartir dividendos por no entrar en la anterior prohibición, pretendieran no hacerlo para reforzar sus fondos propios. Es destacable que esta prohibición no aplica a entidades que tengan menos de cincuenta trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020, y que puede evitarse abonando previamente el importe correspondiente a la exoneración aplicada a las cuotas de la Seguridad Social en virtud del ERTE.

Finalmente, el legislador ha regulado excepciones a los supuestos de disolución con carácter general y disolución por pérdidas. Así, el RDL 8/2020 dispone que, en caso de que antes de la declaración del estado de alarma y durante la vigencia del mismo, concorra causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad (incluida la disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a menos de la mitad del capital social), el plazo legal (de dos meses) para la convocatoria por el órgano de administración de la junta general de socios que adopte el acuerdo de disolución o solvente la causa de disolución se suspende hasta que finalice dicho estado de alarma. Asimismo, si la causa legal de disolución acontece durante la vigencia del estado de alarma, los administradores no responderán de las deudas sociales contraídas durante ese período. Por último, el RDL 16/2020, de 28 de abril, establece expresamente que las pérdidas del presente ejercicio 2020 no se tomarán en consideración a los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a menos de la mitad del capital social de la sociedad. Se trata de medidas de calado, que pretenden facilitar la supervivencia de las empresas en estos tiempos excepcionales.



En el primer bloque de medidas comentadas, el legislador ha logrado dar claridad al cómputo de los plazos al referirlos a fechas concretas en recientes modificaciones legislativas. En el segundo bloque de medidas, principalmente en las relativas al reparto de dividendos y las causas de disolución generales y por pérdidas, habrá que ser muy cuidadosos con la interpretación de las dudas prácticas que plantean, no siendo descartable que organismos estatales o gubernamentales acaben emitiendo algún tipo de norma interpretativa al respecto.

Por todo ello, y pese a su carácter marcadamente excepcional, el elenco normativo modificado en el derecho de sociedades aquí reseñado es de tal amplitud que habrá que estar atentos a su interpretación futura, así como a la posibilidad de que alguna de estas disposiciones, al menos parcialmente, acabe convirtiéndose en ordinaria.

1.4 La llamada ‘herencia en vida’ en Galicia: así son los pactos sucesorios de mejora y apartación

[Javier García Fernández](#)

En la vigente Ley de Derecho Civil de Galicia del año 2006 se regulan los pactos sucesorios de mejora y de apartación, figuras de aplicación muy extendida en la práctica. En buena medida, se vienen entendiendo como un medio de transmitir bienes y/o derechos antes del fallecimiento del disponente o transmitente, hasta el punto de que estos pactos sucesorios (particularmente en el caso de la apartación) son conocidos popularmente como “herencia en vida”.

¿Qué significan estos pactos sucesorios de mejora y de apartación? ¿Quiénes pueden formalizarlos? ¿Qué puede transmitirse a través de estos pactos? ¿Cuándo y por qué un pacto sucesorio puede quedar sin efecto? ¿Cómo afectan o inciden las disposiciones ordenadas a través de estos pactos sobre los derechos, expectativas y/o intereses de los demás eventuales llamados a la herencia? ¿Qué consecuencias fiscales se derivan de la formalización del pacto sucesorio de mejora o de apartación? A estas y otras cuestiones tratamos de dar respuesta a continuación, a través de una breve aproximación a las dos modalidades de contrato sucesorio de que tratamos.

1. Los pactos sucesorios de mejora y de apartación en el derecho civil de Galicia

En el vigente derecho civil gallego se admite expresamente la figura de los llamados pactos sucesorios, como negocio jurídico bilateral de ordenación de la sucesión hereditaria de una persona; figura -la de los pactos sucesorios- inexistente en el régimen de derecho común del Código Civil, pero reconocida en otros derechos civiles forales o especiales a través de sus respectivas modalidades propias de pactos o contratos sucesorios.



En concreto, en la Ley de Derecho Civil de Galicia se regulan los pactos sucesorios i) de mejora y ii) de apartación.

Comenzando por el **pacto de mejora**, se considera como tal aquel por el cual se conviene a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos. Dentro de este pacto de mejora, cabe hablar de dos grandes modalidades de articularlo o instrumentarlo, en función de si el otorgamiento del pacto supone o no la inmediata transmisión de los bienes o derechos objeto del pacto:

- a) El llamado **pacto de mejora “con entrega de presente”**, donde el otorgamiento del pacto opera y verifica en ese mismo momento la transmisión al beneficiario (que recibe la denominación de mejorado) de los bienes o derechos objeto del pacto sucesorio.
- b) El denominado **pacto de mejora “con entrega de futuro”**, en el que la transmisión al mejorado de los bienes o derechos objeto del pacto se difiere al momento del fallecimiento del mejorante o disponente.

En cuanto al **pacto de apartación**, quien sea legitimario al momento de formalizarse queda excluido de modo irrevocable, por sí mismo y por su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante (disponente de los bienes o derechos transmitidos), a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados.

En sí misma, la apartación no significa que en el futuro el apartado no pueda llegar a suceder como heredero voluntario -no como legitimario- al apartante, bien por ser llamado a la herencia en la sucesión ab intestato (como descendiente o cónyuge viudo, según el caso), ya incluso en testamento. Podrá no obstante pactarse que el legitimario quede excluido no sólo de la condición de heredero forzoso, sino también del llamamiento intestado.

Requisito común a ambos pactos de mejora y de apartación es que habrán de otorgarse en **escritura pública**.

2. Los sujetos del pacto sucesorio de mejora y del pacto de apartación

La vecindad civil gallega del disponente o transmitente de los bienes o derechos al momento de formalizarse el pacto sucesorio es presupuesto de validez, tanto del pacto de mejora, como de la apartación. No será necesario, por el contrario, que el beneficiario de la disposición que se ordene en el pacto de mejora cuente también con vecindad civil gallega.



Únicamente pueden otorgar estos pactos sucesorios de mejora o de apartación las personas mayores de edad con plena capacidad de obrar, lo que *a contrario* significa que los menores de edad no pueden suscribir ninguno de estos pactos sucesorios ni siquiera a través de representante legal.

La ley sí admite el otorgamiento de los pactos sucesorios por poder que, teniendo carácter especial, contenga los elementos esenciales del negocio sucesorio.

En el caso del **pacto de mejora**, el mejorado ha de ser un descendiente del mejorante o transmitente, pero no es necesario que reúna además la condición de legitimario del disponente de los bienes. Puede así formalizarse pacto de mejora entre abuelos (mejorantes) y nietos (mejorados) que no tengan -al momento de otorgarse el pacto- la condición de legitimarios. Lo que no cabe es convenir un pacto de mejora con el cónyuge del disponente.

Si el mejorado llegare a ostentar la condición de legitimario cuando se abra la sucesión del mejorante, lo recibido por mejora se imputará al pago de la legítima de dicho mejorado (anticipo de legítima), salvo disposición en contrario del mejorante

Por su parte, **el pacto de apartación sólo puede formalizarse con quien tuviere la condición de legitimario** del disponente si se abriera la sucesión de dicho disponente (apartante) en el momento de otorgarse del pacto sucesorio; legitimarios que, en el vigente derecho civil gallego, son, de un lado los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos y, de otra parte, el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho.

Así las cosas -y a diferencia del pacto de mejora-, podrá convenirse una apartación con el cónyuge del apartante. Lo que no cabe -al igual que sucede en el pacto de mejora- es otorgar un pacto de apartación con ascendientes, excluidos de la condición de legitimarios en el derecho civil gallego.

Asimismo, nada impide que el apartado, en cuanto descendiente, puede ser mejorado.

3. La ineficacia de los pactos sucesorios de mejora o de apartación

En el propio pacto de mejora **se podrán establecer aquellos supuestos o circunstancias en que quedará sin efecto**, así como determinar el ámbito residual de las facultades que se reserve el mejorante, por actos inter vivos, a título oneroso o gratuito.



En la medida en que en el particular caso del pacto de mejora “con entrega de futuro” el mejorante conserva la plena libertad para disponer del bien o derecho objeto del pacto por actos inter vivos a título oneroso, si el mejorante hace uso de esa facultad y transmite el bien o derecho -por acto inter vivos y oneroso-, devendrá ineficaz el pacto en cuanto a los bienes objeto de la disposición y a la prestación del mejorado, en caso de haberse estipulado.

No supondrán, sin embargo, la revocación del pacto de mejora con entrega de futuro, aquellos actos de disposición que no tuvieran su origen en la voluntad del mejorante (piénsese en la expropiación forzosa), subrogándose las contraprestaciones en lugar del bien inicialmente previsto.

Lo que no producirá efecto alguno será cualquier disposición de los bienes objeto del pacto de mejora con entrega de futuro en favor de tercero por acto inter vivos a título gratuito o por acto mortis causa. En ese supuesto, una vez fallecido el causante, el mejorado podrá ejercitar las acciones correspondientes a fin de obtener la posesión de los bienes.

Además de por las razones que se convengan por las partes, **el pacto de mejora quedará sin efecto:**

- (i) Si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas en el pacto (no es extraño que en el pacto el mejorado asuma obligaciones de cuidado del mejorante o de otro familiar).
- (ii) Por premoriencia del mejorado, salvo pacto expreso de sustitución o que la mejora se realizara con entrega de bienes (pacto de mejora “con entrega de presente”).
- (iii) Por incurrir el mejorado en causa de desheredamiento o indignidad, por su conducta gravemente injuriosa o vejatoria y, si hubiera entrega de bienes, por ingratitud.

El pacto de apartación, por su propia naturaleza, **es esencialmente irrevocable**. Cuestión distinta es que la ineficacia de la apartación -como también la de un pacto de mejora- pudiere resultar de una eventual declaración de nulidad del pacto sucesorio (por las razones que fueren).

4. **Los pactos sucesorios y los derechos de los legitimarios del disponente de los bienes o derechos**

Salvo disposición expresa en contra del disponente, si tanto el mejorado como el apartado concurren a la sucesión del disponente con legitimarios, **deben traer a colación lo recibido en el pacto**.



Por otro lado, **las disposiciones ordenadas** en pacto de mejora o de apartación **se habrán de computar a efectos de fijación de las legítimas** a que haya lugar cuando fallezca el disponente.

Tanto los pactos de mejora como las apartaciones **son susceptibles de llegar a reducirse, por inoficiosos**, si una vez fallecido el disponente no hubiere bienes suficientes en la herencia para el pago de las legítimas de los descendientes, aunque antes procedería la reducción de legados y donaciones.

Cuestión distinta a la posible reducción de los pactos de mejora y de apartación por inoficiosos es la de su eventual nulidad por haber sido dispuestos en perjuicio de legitimarios o incluso de terceros (por ejemplo, acreedores del mejorante o apartante).

5. **Algunas consideraciones fiscales sobre los pactos sucesorios de mejora y de apartación**

El otorgamiento de un pacto sucesorio de mejora o de apartación constituyen en sí mismos **hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones** en la medida en que el pacto en cuestión suponga la adquisición de bienes o derechos para el mejorado o apartado.

En la actualidad, ambos pactos sucesorios permiten acogerse -a la hora de liquidar el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones- a las **reducciones de carácter subjetivo** que se establecen en el artículo 6 del texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado (aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio), siempre que resulte de aplicación la normativa fiscal y tributaria de la Comunidad Autónoma de Galicia, en función de la residencia del disponente.

La cuantía de estas reducciones -incompatibles con las establecidas por la normativa estatal- a cuya aplicación tendrá derecho el mejorado o apartado (sujeto a la normativa fiscal gallega, insistimos), **varían en función de la edad en el caso de los descendientes**. En este sentido las adquisiciones por descendientes y adoptados menores de 21 años, permiten la aplicación de una reducción de 1.000.000 de euros, más 100.000 euros por cada año menos de 21 que tenga el causahabiente, con límite de 1.500.000 euros. La reducción en caso de descendientes y adoptados de 21 años o más, sería de 1.000.000 euros, misma reducción que procedería en el caso de pacto de apartación concertado con el cónyuge del disponente.

El precitado artículo 6 del texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado contempla además una serie de **reducciones por razón de la discapacidad del beneficiario**, de aplicación a las disposiciones ordenadas por pacto de mejora o de apartación; reducciones acumulables a las



que se establecen para descendientes y para el cónyuge viudo, y que van desde los 150.000 euros en el caso de personas discapacitadas con un grado de minusvalía igual o superior al 33% e inferior al 65%, hasta la reducción del 100% de la base imponible cuando el grado acreditado de minusvalía sea igual o superior al 65% y el patrimonio preexistente del contribuyente no exceda de tres millones de euros (3.000.000 €).

2. Sentencias, resoluciones y consultas

2.1 Mercantil y Civil

Determinados pactos alcanzados en el protocolo familiar no se pueden perpetuar cuando su finalidad principal ha sido satisfecha

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 120/2020, de 20 de febrero de 2020.

El Tribunal Supremo resuelve sobre la validez de los negocios jurídicos (permutas, compraventas y donaciones de acciones y participaciones sociales) formalizados por dos socios (hermanos entre sí), que alteran el porcentaje de participación en las sociedades del grupo establecido en el protocolo familiar del que son parte junto a otros miembros de las distintas ramas familiares partícipes.

El tribunal, a la hora de emitir su valoración, lo hace con base en las siguientes premisas: (i) el protocolo familiar controvertido no fue objeto de publicidad registral, (ii) no contenía ninguna cláusula penal para garantizar su cumplimiento, (iii) no se incorporó a la esfera corporativa mediante el instrumento de exigir su cumplimiento por la vía de prestación accesoria prevista en los estatutos sociales, y (iv) no constaba modificación de los estatutos sociales que introdujera reglas limitativas a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales concomitantes con la distribución de participación acordada en el protocolo familiar.

Por ello, el tribunal concluye que la previsión que se hace en el protocolo familiar relativa a los porcentajes de participación en el grupo empresarial de cada rama familiar no supone una limitación de la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales por los siguientes motivos:

1. Consta como hecho probado que la finalidad de dicho protocolo familiar era la sucesión ordenada tras el fallecimiento de los primitivos titulares de las acciones y participaciones, por lo que dichos criterios de reparto, una vez cumplida la finalidad, no obligan a un mantenimiento perpetuo de los coeficientes de participación.

2. Y, en íntima conexión con lo anterior, una limitación a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales de carácter perpetuo que impida modificar el porcentaje de participación atribuido en el protocolo familiar atentaría contra principios básicos en el ordenamiento civil como el de libertad de la contratación y de disposición personal y patrimonial, así como el principio general de la libertad de la propiedad dada la naturaleza esencialmente limitada en el tiempo de las relaciones obligacionales.

El contrato de compraventa y permuta de acciones en el seno del grupo familiar tiene naturaleza civil

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 119/2020, de 20 de febrero de 2020.

El Tribunal Supremo analiza el carácter de un contrato de “permuta, compra de acciones y otros derechos de división de comunidad” por el cual se distribuía la titularidad de las acciones que correspondía a cada uno de los miembros de una familia en el grupo empresarial familiar. Dicho contrato preveía la transmisión de la titularidad de las acciones de las sociedades del grupo a favor de una sociedad mercantil.

Considera el tribunal que el contrato de compraventa de acciones debe ser considerado un contrato de carácter civil y, por ello, sometido a la regulación del Código Civil y no a la prevista en el Código de Comercio, con las implicaciones que ello conlleva sobre el cómputo de intereses, la prescripción de acciones o la reclamación por los defectos de la cosa vendida.

El tribunal llega a la conclusión anterior porque, para que se entienda que una compraventa tiene carácter mercantil de conformidad con la interpretación jurisprudencial actual, es necesario que concurra un doble elemento: (i) que los bienes objeto de la compraventa se adquieran para ser revendidos y (ii) que dichos bienes se adquieran con ánimo de lucrarse, circunstancias que no concurren en el caso de una compraventa de acciones sociales.

Añade el tribunal que, en el caso concreto de un contrato de compraventa de acciones, la calificación del contrato como civil deriva, asimismo, de las características del propio objeto del contrato, es decir, de la venta parcial de la titularidad de una sociedad, excluyendo en consecuencia por la misma naturaleza de tal objeto su consideración como mercantil.



Tanto el otorgamiento como la revocación de un poder otorgado a un tercero requiere el consentimiento de los dos administradores mancomunados

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a, número 600/2020, de 15 de abril de 2020.

En la sentencia se discute sobre la posibilidad de que un administrador mancomunado pueda, de forma unilateral, revocar un poder concedido a un tercero, sin contar con el consentimiento del otro administrador mancomunado.

Concretamente, en este caso dos cónyuges, al momento del enjuiciamiento del caso, divorciados, eran administradores mancomunados de varias sociedades destinadas principalmente a la gestión de gasolineras. Su nombramiento como administradores mancomunados se produjo en cumplimiento de un acuerdo transaccional suscrito en 2005. En 1999 y 2002, los administradores confirieron poderes generales a favor de su hija, al objeto de que esta llevase la gestión ordinaria del grupo familiar, gestión cuyo régimen se recogió en el referido acuerdo con posterioridad y sin perjuicio de que los cónyuges siguiesen ostentando el cargo de administradores mancomunados. En 2010, el padre, de forma unilateral y sin contar con la aquiescencia de la madre, decidió revocar los poderes de su hija al entender que esta había incumplido con el régimen de gestión de empresa previsto en el acuerdo transaccional. Esta última se opuso a tal revocación alegando la imposibilidad de revocar poderes concedidos a terceros sin contar con el consentimiento del otro administrador mancomunado.

La Audiencia Provincial resuelve indicando que, en el seno de una sociedad limitada, la gestión de la misma en el caso de administración mancomunada, debe hacerse al menos por dos administradores mancomunados, siendo preciso el consentimiento de ambos para los actos de gestión y representación propios de la sociedad, entre los que se encuentra el otorgamiento de poderes y, por ende, la revocación de los mismos. No obstante, la Audiencia admite, a modo de excepción, la posibilidad de que los poderes, cuando hayan sido otorgados a uno de los administradores mancomunados, sean revocados por el otro administrador mancomunado, caso que no resulta extrapolable al ahora enjuiciado. La Audiencia, además, entiende que el hecho de haber revocado unilateralmente el poder conferido a favor de su hija supone una clara transgresión, por



parte del padre, de lo pactado en el acuerdo transaccional.

El administrador no responde de la deuda social contraída con un socio cuando este ha actuado de mala fe

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, número 380/2020, de 20 de febrero de 2020.

La Audiencia Provincial exonera al administrador demandado de responder de las deudas sociales derivadas de un contrato de arrendamiento suscrito con uno de sus socios, al considerar que la socia demandante no solo conocía la situación patrimonial de pérdidas de la sociedad, sino que la toleraba. En otras palabras, la demandante había actuado en contra de las exigencias de la buena fe. La Audiencia toma esta decisión pese a concurrir todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 367 de Ley de Sociedades de Capital para que el administrador fuera condenado (i.e. existencia de una deuda probada, la situación patrimonial de pérdidas de la sociedad demandada y la no actuación diligente del administrador en la fecha en que concurría causa de disolución).

Para llegar a la conclusión anterior, la Audiencia Provincial tiene en consideración que (i) la demandante ya era socia al momento en el que se generó la deuda social reclamada, (ii) la participación significativa de la demandante en el capital social de la sociedad (50 %), que le permitía no solo disponer de información detallada de la compañía, sino también la “posibilidad de impulsar la convocatoria de junta para abordar esa situación de pérdidas o resolver el contrato de arrendamiento con mayor celeridad” y (iii) en el ejercicio en el que la demandante entra en el accionariado de la compañía, esta ya estaba en situación de fondos propios negativos.

No es válido el acuerdo social que modifica los estatutos sociales restringiendo el acceso a información a los socios minoritarios

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, número 354/2020, de 18 de febrero de 2020.

Se discute la validez de un acuerdo social que modifica un artículo estatutario al objeto de aumentar el porcentaje de participaciones sociales que debe ostentar un socio para poder examinar en el domicilio social los documentos que sirven de soporte y antecedentes de las cuentas anuales. La cuestión resultaría sencilla de enjuiciar si no fuera porque el socio demandante -minoritario y competidor de la compañía por medio de otras sociedades que operaban en el mercado- entiende



que, entre otras cuestiones, la modificación aprobada no está justificada y ha sido impuesta de forma abusiva por el que es socio mayoritario y administrador de la sociedad, a fin de restringir el acceso a determinada información financiera de la sociedad al socio minoritario (i.e. los precios de compra establecidos entre la sociedad y el socio mayoritario como cliente de ella).

Tras descartar la existencia de conflicto de intereses concurrente en el socio demandado y la eventual infracción de la Ley de Sociedades de Capital por lo que respecta al derecho de la minoría a examinar en el domicilio social las cuentas anuales y su documentación soporte, la Audiencia Provincial acaba concluyendo que, efectivamente, la modificación estatutaria aprobada sí que determinaba una restricción no justificada de la posición del demandante como socio, al “impedir acceder a los soportes documentales de las cuentas sociales en una empresa en situación de conflicto, sin tener en cuenta que, en su condición de competidor, la sociedad podría tener otros mecanismos para restringirle el acceso a información puntual que sí pudiera ser objetivamente razonable impedirle que conociera”.

Por lo que respecta a estos otros mecanismos para restringir el acceso a información, la Audiencia Provincial recuerda que la Ley de Sociedades de Capital permite al administrador, entre otros, oponerse a requerimientos de información concretos cuando “existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extra-sociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas”, es decir, podrían restringirse aspectos o puntos concretos de la información solicitada atendiendo a estas puntuales razones objetivas.

2.2 Tributario

ISD: En el cómputo del ajuar doméstico no deben incluirse los activos susceptibles de producir renta, los bienes afectos a actividades, el dinero o los valores mobiliarios

Tribunal Supremo. Sentencias de 10 de marzo y 19 de mayo de 2020.

El Tribunal Supremo delimita en sus sentencias la interpretación que debe realizarse del concepto de ajuar doméstico a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD). Esta norma establece una presunción que fija el valor del ajuar doméstico en el 3% del importe del caudal relicto del causante salvo que los sujetos pasivos: (i) le asignen un valor superior, o (ii) puedan probar fehacientemente su inexistencia o un valor inferior.



En su sentencia, el tribunal considera que el concepto de ajuar doméstico recogido en la Ley del ISD sólo debe comprender aquellos bienes que puedan afectarse, por su identidad, valor y función, al uso particular o personal del causante, con exclusión de todos los demás.

Así, concluye el tribunal, no deben integrar este concepto de ajuar doméstico los bienes susceptibles de producir renta, los afectos a actividades profesionales o económicas y, en particular, el dinero, los títulos-valores y los valores mobiliarios.

Además, el contribuyente no debe realizar prueba alguna sobre esta cuestión, dado que estos bienes en ningún caso podrían integrarse en el concepto de ajuar doméstico a estos efectos y, por lo tanto, no deben incluirse en la base de cálculo del 3%.

Régimen de sociedades patrimoniales - IS: En una estructura matriz-filial, que algunos socios participen en los órganos de gobierno de ambas compañías no supone que la matriz cuente con medios materiales y personales suficientes para la gestión de la sociedad participada

Audiencia Nacional. Sentencia de 23 de octubre de 2019.

La Audiencia Nacional analiza si a una entidad *holding* que participa en diversas filiales le puede ser de aplicación el régimen de sociedades patrimoniales en el Impuesto sobre Sociedades (IS).

En la liquidación recurrida, la Administración Tributaria consideró que el mero hecho de que determinados socios de la entidad *holding* participaran en sus órganos de gobierno y también en los de su filial era suficiente para considerar que la sociedad *holding* contaba con medios materiales y personales para gestionar su sociedad participada.

Aplicando este criterio, la Administración resolvió que a la sociedad *holding* no le era de aplicación el régimen de sociedades patrimoniales.

La Audiencia Nacional concluye que, para considerar que en la entidad Holding existían medios suficientes para la gestión de la sociedad filial, hubiera sido necesario acreditar la verdadera gestión de la participada por los consejeros procedentes de la sociedad matriz. Ante la ausencia de prueba, la sentencia considera procedente la aplicación del régimen de sociedades patrimoniales en el Impuesto sobre Sociedades a la entidad *holding*.



ISD: Los activos financieros de una entidad que no sean necesarios para cubrir el pasivo corriente, o los préstamos concedidos a otra entidad, participada por los mismos socios y administradores, no están afectos a la actividad económica

Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sentencia de 6 de febrero de 2020.

El tribunal analiza si determinados activos financieros pueden considerarse activos afectos para aplicar la reducción de empresa familiar en la transmisión de la participación en una entidad a través de una donación.

Los activos financieros analizados son: **inversiones a corto plazo**, en particular, participaciones en fondos de inversión; e **inversiones a largo plazo**, en particular, participaciones en fondos de inversión, acciones cotizadas, depósitos, créditos al personal y participaciones en fondos de capital riesgo.

De acuerdo con lo recogido en la sentencia, el recurrente argumentó que la empresa utilizaba los recursos de tesorería para garantizar operaciones de financiación imprescindibles en el desarrollo de su modelo de negocio, que requieren una gran solvencia, así como para realizar operaciones estratégicas dentro del mercado. Para ello, aportó un informe pericial firmado por un economista.

De acuerdo con la sentencia, la administración tributaria sí consideró el saldo de tesorería de la compañía como activo afecto. A esta conclusión llegó la administración dado que la tesorería no superaba el saldo del pasivo corriente de la compañía.

El tribunal considera que, partiendo de esta base, el contribuyente debió demostrar que tanto la tesorería como el resto de activos líquidos de la sociedad no eran suficientes para hacer frente al pasivo corriente. Ello hubiera implicado que también el resto de inversiones financieras a corto y a largo plazo fueran necesarias para atender a los compromisos de pago de la empresa y, por lo tanto, que tuvieran la consideración de activos afectos.

Concluye la sentencia que, al no haberse probado tal circunstancia, ni tampoco que las inversiones financieras estuvieran avaladas por un plan de negocio en el que se determinase su destino, no puede considerarse que dichos activos financieros estén afectos a la actividad de la compañía.



Por otro lado, el tribunal añade en su sentencia que: (i) los préstamos al personal no constituyen activos afectos, ni siquiera bajo el argumento de que el préstamo pueda contribuir a la fidelización del empleado, y (ii) el préstamo concedido a una sociedad en la que coinciden los mismos socios y administradores no está afecto, en la medida en que la sociedad prestamista no participa en el capital de la sociedad prestataria.

El requerimiento al heredero que posteriormente renuncia a la herencia interrumpe el plazo de prescripción para liquidar el ISD por los beneficiarios de la renuncia

Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sentencia de 22 de enero de 2020.

Ante un fallecimiento en el año 2011, el designado heredero no liquidó el ISD correspondiente a la herencia en el plazo voluntario.

El 7 de octubre de 2015, antes del fin del plazo de prescripción, la administración comunicó al heredero un requerimiento para la presentación de la declaración-liquidación del ISD.

Dos días después de recibir el requerimiento de la administración, el heredero renunció a la herencia, convirtiéndose sus descendientes en los nuevos beneficiarios. Los descendientes tampoco presentaron la liquidación del ISD por la herencia, considerando que el plazo de prescripción de cuatro años para la presentación del impuesto debía computarse desde el fin del plazo voluntario de declaración de 6 meses tras el fallecimiento del causante, en 2011.

Un año más tarde, en diciembre de 2016, la administración tributaria notificó a los descendientes del heredero un requerimiento para la presentación del ISD. Con posterioridad, los descendientes presentaron la liquidación del impuesto, y la administración inició un expediente sancionador cuya procedencia es lo que se analiza en esta sentencia.

El tribunal superior de justicia considera que la notificación que realizó la administración al heredero, antes del fin del plazo de prescripción para que presentara su liquidación, interrumpió también el plazo de prescripción para que los beneficiarios de la renuncia liquidaran el impuesto. Por lo tanto, concluye la sentencia, es procedente la liquidación del ISD que presentaron los beneficiarios tras recibir su requerimiento.



En lo que respecta a la sanción impuesta a los descendientes del heredero, el tribunal considera que no es procedente, ya que realizaron una interpretación razonable de la norma al considerar que el requerimiento recibido por el heredero interrumpió el plazo de prescripción para liquidar el impuesto.

ISD: Las inversiones financieras destinadas a materializar excesos puntuales de tesorería pueden considerarse elementos afectos a una actividad económica

Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sentencia de 10 de diciembre de 2019.

Se analiza si determinadas inversiones financieras pueden considerarse activos afectos a la actividad de una sociedad, a los efectos de la aplicación del régimen de empresa familiar a una donación de participaciones.

Inicialmente, la administración consideró que el contribuyente no había acreditado la afectación de las inversiones financieras.

Posteriormente, el Tribunal Económico Administrativo de Aragón y el Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) apreciaron que en las pruebas aportadas por el contribuyente existían indicios de que las inversiones financieras respondían a las necesidades derivadas de la actividad mercantil de la sociedad, al materializar excesos puntuales de tesorería, y las calificaron como activos afectos.

Para acreditar el carácter puntual de las inversiones financieras, el contribuyente aportó una comparación del saldo de las cuentas donde se encontraban contabilizadas las inversiones y la tesorería en el ejercicio del fallecimiento con el saldo de las mismas cuentas en los ejercicios anteriores.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón, igual que hizo el TEAC, considera que las pruebas aportadas acreditan que las inversiones financieras podían constituir elementos afectos a la actividad económica, en la medida en que son el resultado de una actuación puntual en la gestión financiera motivada por un exceso transitorio de tesorería.

Además, en su conclusión destaca el tribunal que la Inspección no aportó ninguna prueba para apoyar su argumento de que las inversiones financieras eran totalmente ajenas a la actividad de la empresa.



El heredero no puede rectificar la liquidación del ISD disminuyendo el valor declarado cuando los pagarés que integran el caudal relicto resultan parcialmente incobrables

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 21 de noviembre de 2019.

En este caso se incluyó en el caudal relicto de un causante el importe pendiente de cobro frente a una sociedad, que se encontraba formalizado en 6 pagarés.

Con posterioridad a la liquidación del ISD presentada por los herederos, la sociedad deudora se declaró en concurso de acreedores, por lo que parte de los pagarés que integraban el caudal relicto devinieron incobrables.

Considera el tribunal que en el momento en el que se devengó el ISD, es decir, en el momento del fallecimiento, el causante tenía un derecho de crédito con la entidad que posteriormente se declaró en concurso.

Así, continúa el tribunal, el valor de dicho derecho de crédito a efectos del ISD es su valor real, es decir, el actual y existente en el momento de devengo del impuesto, y no el “hipotético, eventual o futuro”, sin que la dificultad en el cobro del crédito desvirtúe el enriquecimiento de los herederos.

Por todo ello, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resuelve que no procede la rectificación de la liquidación del ISD presentada por los herederos ni la devolución de ingresos indebidos que solicitaron tras el concurso de la entidad deudora.

ISD: Los inmuebles cedidos a los socios para su uso personal no pueden considerarse afectos a la actividad económica de arrendamiento, aunque la cesión se realice a precio de mercado

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 10 de octubre de 2019.

El tribunal analiza en esta sentencia si los inmuebles cedidos para el uso personal y exclusivo de los socios se pueden considerar elementos afectos a la actividad económica de arrendamiento de una sociedad, a los efectos de aplicar el régimen de empresa familiar en una adquisición *mortis causa*.

Los inmuebles sobre los que se analiza la afectación son la vivienda habitual de uno de los socios, y una vivienda y una plaza de aparcamiento utilizada por otro socio.



La resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña (TEARC) recurrida consideró que los inmuebles utilizados por los socios sí podían considerarse afectos, siempre que la sociedad propietaria se los cediera en uso a precio de mercado.

De acuerdo con el TEARC, esta es la interpretación que se desprende del artículo 6.3 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos para aplicar el régimen de empresa familiar en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP).

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña anula la resolución del TEARC recurrida, y considera que la interpretación correcta de dicho artículo supone:

- (i) que nunca se considerarán elementos afectos a la actividad los destinados exclusivamente al uso personal del sujeto pasivo, o de cualquiera de los integrantes del grupo de parentesco; y
- (ii) que tampoco pueden considerarse elementos afectos los cedidos por precio inferior al de mercado a personas o entidades vinculadas. A estos efectos, se entiende por personas o entidades vinculadas las determinadas en la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

IP: No están afectas las participaciones adquiridas por las entidades de capital-riesgo en los tres años posteriores a su inscripción en la CNMV, dado que no se entienden poseídas para dar cumplimiento a una obligación legal o reglamentaria

Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V0322-20, de 11 de febrero de 2020.

La DGT analiza un caso en el que el consultante donó a sus tres hijos la nuda propiedad del 100% de las participaciones en una sociedad *holding*, cuya actividad era la gestión y administración de valores representativos de participaciones en otras entidades. Posteriormente, la *holding* pretende transmitir su participación en otra entidad y reinvertir el importe obtenido por la transmisión, entre otras, en una sociedad de capital-riesgo.

Los aspectos más relevantes sobre los que se pronuncia la DGT son los siguientes:

- Los valores incluidos en el coeficiente obligatorio de inversión de la entidad de capital-riesgo participada no computan como valores a efectos de la exención de empresa familiar en el IP, en la medida en que se adquieren para cumplir con obligaciones legales. Sin embargo, para que en esta entidad no computen como valores el resto de participaciones en las que invierta que no formen parte del coeficiente obligatorio de inversión, deberán cumplir los requisitos de



participación de al menos el 5% y de que se mantengan con el fin de dirigir y gestionarlas mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales.

No obstante, el artículo 17 de la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, prevé que las entidades de capital-riesgo no tienen que cumplir el requisito del coeficiente obligatorio de inversión durante los tres primeros años a partir de su inscripción en el correspondiente registro de la CNMV.

Conforme a ello, entiende la DGT que durante los tres primeros años de una sociedad de capital-riesgo las participaciones de las que sea titular no se entenderán poseídas para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias y, si no cumplen el requisito indicado de participación mínima del 5% mantenida para dirigir y gestionar la participación con la correspondiente organización de medios materiales y personales, deberán computarse como valores.

- En relación con la aplicación del régimen de empresa familiar en donaciones, se aclara que para cumplir el requisito de mantenimiento durante diez años de la exención en el IP basta que durante ese período mínimo se mantenga el derecho a la exención, con independencia de cuál sea el porcentaje de participación. De acuerdo con la consulta, este derecho a la exención deberá producirse en cada uno de los devengos del IP que se produzcan dentro del plazo de los diez años siguientes a la escritura pública de donación.

IP: La persona del grupo de parentesco que realiza funciones directivas puede simultanear la condición de persona contratada para la ordenación de la actividad económica de arrendamiento de inmuebles

Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V0581-20, de 21 de febrero de 2020.

Los consultantes, un matrimonio y sus tres hijos, son titulares de una entidad *holding* que es propietaria de la totalidad de las participaciones en una sociedad filial dedicada a la actividad de construcción y promoción inmobiliaria. Además, la entidad *holding* realiza la actividad de arrendamiento de inmuebles y de construcción y promoción de edificaciones y terrenos.

Se plantean diversas cuestiones, entre ellos la aplicación del régimen de empresa familiar tanto en el IP como en el ISD.



En relación con el IP, entre otras cuestiones, la DGT establece que no afectaría a la exención el hecho de que una misma persona dentro del grupo de parentesco desempeñase funciones directivas en la sociedad *holding* y, de forma simultánea, fuera la persona contratada a jornada completa y con relación laboral para la gestión de la actividad de arrendamiento de inmuebles.

Respecto a las cuestiones sobre la aplicación de la reducción de empresa familiar para la adquisición *inter vivos* de participaciones en el ISD, la DGT, entre otras cuestiones, se pronuncia sobre el balance a utilizar para determinar la aplicación del régimen de empresa familiar.

Así, determina que el balance de la sociedad que debe ser considerado para determinar si se tiene derecho a la exención en el IP, y por tanto derecho a la reducción en ISD, es el último balance aprobado dentro del plazo legal para la autoliquidación del IP.

ISD: En la donación de la nuda propiedad de cuentas bancarias con reserva de usufructo por el donante, el valor de la nuda propiedad se calcula por la diferencia entre el saldo de las cuentas y el valor del usufructo

Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V0428-20, de 24 de febrero de 2020.

Los padres de los consultantes están casados en régimen económico matrimonial de gananciales y tienen la intención de donar a sus hijos la nuda propiedad del saldo de varias cuentas bancarias, reservándose el derecho de usufructo vitalicio.

De acuerdo con lo previsto en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009, la DGT recuerda que al donarse bienes gananciales cada donatario recibirá dos donaciones diferenciadas: una de su padre por la mitad de los bienes y otra de su madre por la otra mitad. Por cada donación los donatarios deberán declarar el valor de la nuda propiedad correspondiente.

Según la DGT, el valor de la nuda propiedad de las cuentas que declararán los donantes en cada liquidación se calculará por la diferencia entre el saldo de las cuentas y el valor del usufructo vitalicio que se reservan los padres. El valor del usufructo se determinará en función de la edad de cada uno de los donantes en el momento de la donación.

La cuota tributaria de las liquidaciones se determinará aplicando a la base imponible el tipo medio de gravamen correspondiente al valor íntegro de los bienes recibidos en cada donación.

En el momento de extinción del usufructo por fallecimiento, la consulta resuelve que los donatarios practicarán la correspondiente liquidación del ISD, en la que se aplicará la normativa vigente en el momento de donación de la nuda propiedad.



La carga modal establecida en la adquisición de un inmueble a través de un legado no disminuye el valor del bien en el ISD, al tratarse de una obligación personal del legatario

Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V3471-19, de 18 de diciembre de 2019.

La hermana del consultante quiere otorgar testamento estableciendo un legado en favor del consultante del pleno dominio de una vivienda con una carga modal consistente en que, si la vivienda se vende, el importe sea repartido por partes iguales a los cinco herederos (el consultante y cuatro hermanos más).

La DGT establece que la liquidación del ISD por el legado del inmueble deberá realizarse por su valor real en el momento de su adquisición, es decir, el momento del fallecimiento de la causante, sin que exista la posibilidad de disminuir dicho valor por la carga modal existente, al ser una obligación personal del legatario.

ISD: Las participaciones en una entidad adquiridas ‘mortis causa’ se valoran a fecha de fallecimiento aun cuando la herencia entre en concurso antes de liquidar el impuesto

Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V3345-19, 5 de diciembre de 2019.

La consultante tiene la condición de heredera de las participaciones sociales de una sociedad limitada, solicitando la prórroga en periodo voluntario para la liquidación del ISD. Después de la solicitud y antes de que se acabara la prórroga, la herencia ha entrado en concurso (juicio universal) como consecuencia de la reclamación de un acreedor, por lo que está suspendido el plazo voluntario de liquidación.

La consultante pregunta si la valoración de las participaciones sociales efectuada por el administrador concursal en la fase de liquidación del concurso es el valor real que se debe considerar a efectos de liquidar el ISD.

La DGT resuelve que, en la adquisición mortis causa, el valor real de las participaciones deberá ir referido a la fecha de devengo del impuesto (fallecimiento del causante).



En la donación de la nuda propiedad de un fondo de inversión con reserva de usufructo vitalicio y facultad de disposición por el donante, son aplicables las reglas de tributación en el ISD previstas para el desmembramiento de la propiedad

Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V0431-20, de 24 de febrero de 2020.

En este caso, los padres de los consultantes tienen la intención de donar a sus hijos la nuda propiedad de determinados fondos de inversión, reservándose ellos el usufructo vitalicio así como la facultad de disponer conforme el artículo 639 del Código Civil.

La DGT establece en su consulta que la forma de liquidar estas donaciones en las que se reserva el usufructo y la facultad de disposición por parte del donante ha sido ya reiterada en diversas consultas (V0366-17 y V3069-17, por todas). Conforme a este criterio son aplicables a esta liquidación las reglas de tributación previstas para los supuestos de desmembramiento de la propiedad, con independencia de la reserva del poder de disposición por parte del usufructuario.

En este supuesto, la consulta concluye que la reserva de la facultad de disponer del artículo 630 del Código Civil tiene la consideración de condición resolutoria y, de acuerdo con la normativa del ISD, en caso de cumplirse la condición procedería la devolución del impuesto satisfecho por la donación, siempre que no se incurra en conflicto de la aplicación de la norma tributaria.

La consulta aclara que el plazo para solicitar la devolución se contará desde que tenga lugar la resolución y no desde que se hubiera autoliquidado la donación en que se hubiera establecido la reserva de disposición. Además, remitiéndose a lo establecido en la consulta V2325-08, entre otras, concluye la DGT que todo ello se aplicará “sin perjuicio de que se considere que se ha disfrutado del bien donado a título de usuario, usufructuario o de otra forma, valorándose tales circunstancias a efectos del impuesto y de la posible devolución”.



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

