

# **Newsletter Empresa Familiar**

---

**GARRIGUES**

Junio 2021

## ÍNDICE

### 1. ARTÍCULOS

- 1.1 **La inversión en sociedades de capital riesgo y su impacto en el régimen de empresa familiar**
- 1.2 **Apellidos que son marcas: ¿somos dueños de nuestro propio nombre?**
- 1.3 **Cómo afrontar la venta de la empresa familiar**
- 1.4 **La especial importancia de los poderes preventivos en el nuevo régimen de protección a las personas con discapacidad**

### 2. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

- 2.1 **Mercantil y civil**
- 2.2 **Tributario**

## 1. ARTÍCULOS

### 1.1 La inversión en sociedades de capital riesgo y su impacto en el régimen de empresa familiar

#### Nuria Cabré Plana

Las sociedades de capital riesgo (SCR) son entidades de inversión colectiva de tipo cerrado que obtienen capital de una serie de inversores cuyo objeto principal consiste en la toma de participaciones temporales en el capital de empresas de naturaleza no inmobiliaria ni financiera que, en el momento de la toma de participación, no coticen en el primer mercado de bolsas de valores o en cualquier otro mercado regulado; todo ello con el fin de generar ganancias o rendimientos para los inversores.

En los últimos años muchos grupos familiares han invertido o se están planteando invertir en este tipo de entidades, siendo la tributación asociada a estas inversiones un aspecto a considerar en el momento de abordar la inversión. En particular, reviste especial interés la posibilidad de aplicar los beneficios del régimen de empresa familiar por la tenencia indirecta de estas inversiones, aspecto en el que nos centraremos en este artículo.

El régimen de empresa familiar permite que la sociedad familiar esté exenta en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP) y reduzca en un 95% la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD). Para que los socios personas físicas puedan aplicar estos beneficios del régimen de empresa familiar se requiere, entre otros requisitos, que la sociedad en la que participan directamente no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, es decir, que la mayoría de su activo no esté constituido por valores o por activos no afectos a actividades económicas.

A este respecto, la norma (artículo 4.8 de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio –LIP–) excluye del cómputo como valores, entre otros, (i) los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias y (ii) las participaciones que otorguen, al menos, el 5% 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 y la entidad participada no tenga, a su vez, como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario (la conocida como “cartera de control”).

Por tanto, para determinar si la inversión por parte de socios personas jurídicas de, al menos, el 5% de una SCR constituye un activo apto para la aplicación del régimen de empresa familiar, será necesario determinar si la SCR se puede considerar una entidad que gestiona un patrimonio mobiliario, es decir, si la mayoría de su activo está constituido por valores.

A este respecto, la Dirección General de Tributos (DGT) ha considerado en diversas resoluciones vinculantes<sup>1</sup>, que los valores incluidos en el coeficiente obligatorio de inversión<sup>2</sup> de la SCR no computan como tales para la calificación de la actividad como de gestión de patrimonio, es decir, que se deben considerar como activos afectos, con independencia del porcentaje de participación que mantenga la SCR.

No obstante, en la resolución más reciente emitida sobre este tema, la DGT<sup>3</sup> ha matizado que no se entenderá que las participaciones de las que sea titular la SCR mientras se encuentre en alguno de los supuestos que prevé la LECR en los que no resulta obligatorio cumplir con el coeficiente obligatorio de inversión (por ejemplo, durante los tres primeros años a partir de su inscripción), se poseen para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias.

Dado que la citada resolución hace referencia al artículo 17 de la LECR, que prevé supuestos de incumplimiento temporal del coeficiente obligatorio de inversión, surge la duda de si esta interpretación únicamente se refiere a supuestos en los que la SCR haya incumplido el coeficiente obligatorio o, por el contrario, si se debe interpretar que durante los tres primeros años de constitución de la SCR no es posible considerar los valores incluidos en el coeficiente obligatorio como activos afectos *per se*.

Por su parte, los valores que no estén incluidos en el coeficiente obligatorio de inversión no computarán como valores para la calificación de la actividad como de gestión de patrimonio, únicamente, si se cumplen los requisitos establecidos más arriba, que exigen que (a) se trate de participaciones en sociedades operativas en las que se tenga un porcentaje de derechos de voto superior al 5%, (b) la SCR disponga de unos medios materiales y personales mínimos para gestionar dichas participaciones.

En relación con este último punto, la DGT no se ha pronunciado con claridad sobre los medios propios necesarios en la SCR, ni sobre si la delegación de la gestión en una sociedad gestora se puede considerar como “medio suficiente”. En respuesta a diversas consultas vinculantes<sup>4</sup>, la DGT ha manifestado que deberían existir medios organizativos suficientes, no para controlar la gestión de las entidades participadas, sino para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones derivadas de la condición de socio, así como para tomar las decisiones relativas a la propia participación.

---

<sup>1</sup> Entre otras CV0478-18, CV3108-18, CV0351-19 y CV0631-19.

<sup>2</sup> Artículos 13.2 y 21 de la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado (LECR)

<sup>3</sup> CV0322-20.

<sup>4</sup> CV0120-03, CV0988-07, CV1321-07, CV1849-09 y CV0383-19.

Una vez determinado que la SCR es un activo apto para la exención, se deberá analizar qué parte del valor de la participación en la SCR califica a efectos de la exención en el IP y la reducción en el ISD, para lo que será necesario determinar qué activos de la SCR se pueden considerar como activos necesarios para el ejercicio de la actividad económica.

Si bien la DGT no se ha pronunciado de forma clara sobre esta cuestión, es razonable concluir que los valores cubiertos por el coeficiente obligatorio de inversión que se consideren activo afecto, así como la cartera de control, se deberían considerar activos necesarios que, por tanto, cualifican a los efectos de la aplicación efectiva de los referidos beneficios.

En relación con el resto de valores, se deberá determinar de manera individualizada si son necesarios para la obtención de rendimientos de la SCR. La DGT<sup>5</sup> ha considerado que se deberá sopesar la adecuación y proporcionalidad de los elementos de que se trate al resto de los activos de la entidad, el tipo de actividad que esta desarrolla, el volumen de operaciones y el resto de parámetros económicos y financieros de la entidad.

De acuerdo con lo comentado, las SCR pueden ser inversiones que computen favorablemente para la aplicación del régimen de empresa familiar, si bien se deberá analizar cada inversión de manera individualizada a efectos de verificar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos.

## 1.2 Apellidos que son marcas: ¿somos dueños de nuestro propio nombre?

### Isabel Pascual de Quinto Santos-Suárez

**Las marcas tienen alma y transmiten valores. Detrás de cada una de ellas hay una historia que las hace únicas y, en muchos casos, sobre todo en empresas familiares, un apellido que las diferencia y da un lugar en el mercado. Osborne, Tous, Tarradellas, Antolin o Suárez son ejemplos de ello. Ahora bien, ¿qué problemas pueden surgir cuando las marcas responden a los apellidos de los fundadores?**

El orgullo por el nombre familiar ha llevado a la creación y consolidación de grandes marcas; así Luis Matutano Jover fundó, en la década de 1950, una fábrica de aperitivos de patata, con base en el negocio que explotaba su familia desde 1873. En 1906, Manuel Juanola Reixach elaboró las primeras pastillas de regaliz en su farmacia. Lacasa es otro ejemplo de empresa de origen familiar que se fundó en 1852 por Antonio Lacasa, bisabuelo de los actuales propietarios. En este último caso, el apellido no sólo dio nombre a la empresa, sino que su diminutivo fue utilizado para posicionar en el mercado a uno de sus productos más emblemáticos: los lacasitos.

---

<sup>5</sup> Entre otras, CV0631-19.

La tentación de crear una empresa para lanzar una marca al mercado que lleve el apellido del fundador es más que comprensible. Desde un punto de vista práctico, es una manera sencilla de identificar a la empresa y la marca con la persona que hay detrás. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, no siempre es una opción libre de problemática.

La [Ley de Marcas](#) establece que, “sin la debida autorización, no podrán registrarse como marcas, el nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que, para la generalidad del público, identifique a una persona distinta del solicitante”. Y aquí llega el primer problema. En el supuesto de que el apellido elegido para ser la marca de la empresa coincida con algún otro que, “para la generalidad del público”, identifique a una persona diferente o marca anterior, habría que recabar su autorización. Por ello, no se debería solicitar dicha marca sin un análisis previo de las consecuencias que se podrían derivar de dicho registro.

Puede suceder que exista una coincidencia de apellidos fortuita, esto es, ajena al parentesco. Ejemplo de ello es la controversia que surgió por la solicitud como marca del apellido **Manso de Velasco** para bebidas alcohólicas, existiendo una marca anterior para vinos bajo la denominación **Velasco**. En este caso, la [sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo](#) (asunto T-259/06) dictaminó que el hecho de que el apellido **Velasco** fuera “un apellido corriente en Barcelona y Madrid, carece de pertinencia para la apreciación del carácter distintivo de dicho término”.

El tribunal consideró que “debido a la presencia del término “Velasco” en las dos marcas en conflicto, el consumidor percibiría la adición de la palabra “manso” como una forma de distinguir una nueva gama de bienes procedente de la empresa titular de la marca anterior o, cuando menos, de una empresa económicamente vinculada con ella”. En consecuencia, la solicitud de la marca de la Unión Europea 2.261.527 “Manso de Velasco” se denegó.

La polémica está servida porque la referida Ley de Marcas permite expresamente, sin necesidad de autorización, la utilización del nombre propio “en el tráfico económico”, siempre y cuando, quien lo use sea una persona física.

Por tanto, sería posible el uso del apellido, pero no su registro como marca si coincide con una anterior y no se ha obtenido su autorización. Este laberinto jurídico nos llevaría a que sólo la persona física podría usar su nombre en el tráfico económico, pero no la empresa que pudiera crear para la comercialización de sus productos.

De lo anterior se deduce que **el registro del apellido del fundador no está libre de riesgos**. Ante ello, se pueden buscar alternativas como sería la incorporación del nombre propio, tal y como han hecho las empresarias **Casilda Finat** o **Cristina Oria**; también el uso de las iniciales pueden ser una opción atractiva; por ejemplo, Antonio Catalán decidió registrar **AC Hoteles**. De la misma forma, la marca **Marco Aldany** fue el resultado de la unión de las primeras letras de los nombres de los tres hermanos fundadores: Marcos, Alejandro y Daniel Fernández Luengo.

Consolidada la marca, **¿qué sucede cuando al fundador fallece?** En este caso, debemos examinar dos posibles escenarios: que la marca esté a nombre del fundador o que la misma esté a nombre de la empresa familiar.

El primero conlleva que la marca se encuentre registrada a nombre de la persona física. En ese caso, la misma pasará a ser parte de la masa de la herencia y su nuevo titular será la persona que, según disponga el testamento, pase a heredarla.

Ahora bien, las herencias familiares no están exentas de problemática y suelen surgir los conflictos con la solicitud de registros tales como *Viuda de...*, *Herederos de...*, *Hijos de...*. Los mismos derivan de esa necesidad inherente a la empresa familiar de conservar sus orígenes, así como los valores y el carisma de su fundador; desprenderse del nombre no sólo tiene un coste económico, el **re-branding**, sino también emocional.

Lo anterior lleva a los parientes a pleitear por el uso de un apellido que, a la vez que les une, les separa. **Bodegas Emilio Moro** demandó a Carlos Moro y a varias sociedades del Grupo Matarromera, por usar marcas que contenían el apellido *Moro* y considerar que se estaba aprovechando de la reputación de sus vinos en el mercado.

Recordemos también la controversia surgida entre Loewe, S.A. y Loewe Hermanos, S.A. frente a Don Roberto y Enrique Loewe Knappe, S.A. por el uso del apellido **Loewe** como marca, que llegó hasta el [Tribunal Supremo](#).

Cuando la titular de la marca es la empresa familiar, **el fallecimiento del fundador que le dio nombre no tendrá impacto en la titularidad de la misma**. Sin embargo, en ese caso, ante la posibilidad de que inversores –ajenos a la familia y con presencia mayoritaria en la empresa– llegaran a la compañía, el futuro de la marca –y, por tanto, del apellido familiar– estaría en sus manos.

Ejemplo de lo anterior podemos verlo ahora en Netflix, en la serie [Halston](#), basada en la historia reciente del diseñador de moda estadounidense **Roy Halston Frowick**. En la misma se describe toda una trayectoria de culto al nombre: desde cómo con su apellido construyó un imperio hasta que la decisión comercial de vender su marca a Industrias Norton Simon en 1973, lo llevaría a la frustración por **no ser el dueño de su propio nombre, ni de los productos que salían al mercado con el mismo**.

Superado todo lo anterior, con frecuencia también conviene pensar en una nueva marca que nazca con espíritu global, de tal manera que lo que se suele buscar es que sea atractiva en varios idiomas. Para ello, la recomendación es solicitar un **informe de viabilidad** que permita minimizar los riesgos de conflicto con marcas anteriores idénticas o similares, de tal manera que la marca nazca fuerte y sana. Los departamentos creativos deben ir de la mano con los legales y la dirección para que la seña de identidad de la empresa familiar se mantenga o transforme con la máxima seguridad jurídica.

Las marcas son activos estratégicos que, como tales, hay que protegerlos y someterlos a revisiones periódicas. Su vida útil dependerá de las decisiones que tomen sus padres fundadores y de cómo sean asumidas por los consumidores. Sin olvidar que, si una marca no se utiliza en cinco años, está incurso en causa de caducidad y, por tanto, abocada a desaparecer registralmente, aunque su memoria pueda perdurar en el tiempo.

### 1.3 Cómo afrontar la venta de la empresa familiar

#### Juan José Barragán

**Sean cuales sean las razones por las que un empresario familiar decide vender total o parcialmente su empresa (para reforzarla financieramente, para crecer, para dar salida a parte de la familia, para jubilarse cuando no está clara la sucesión...), hay algunas cuestiones que puede ser útil que tenga en cuenta en relación con el proceso de venta.**

Enunciaremos en estas líneas, cronológicamente, algunas de ellas. Ni están todas las que son, ni todas las que están aplican en todos los casos, pero confiamos en que recordar alguna de ellas resulte de utilidad.

**Mucho antes** de plantearse siquiera la posibilidad de vender, el empresario debería haber repensado la estructura corporativa para que sea eficiente legal y fiscalmente ante distintas alternativas de futuro, incluida su venta (a veces escindiéndola en dos hermanas, agrupando distintas empresas, interponiendo una sociedad *holding*, *filializando* actividades operativas, modificando el régimen económico matrimonial...). Cuando nos planteamos vender la empresa, ya es tarde para todo esto.

**Al menos dos años antes de vender** hay que preparar la empresa para que sea susceptible de ser revisada por un tercero, que pueda chequear no solo su contabilidad, sino también la fiabilidad de sus procedimientos, al objeto de adquirir una razonable seguridad sobre sus principales magnitudes económicas (*ebitda*, capital circulante, inventarios, recursos humanos y materiales, etc.). En este sentido resulta conveniente contar con estados financieros auditados de los dos ejercicios anteriores a la venta, o al menos del ejercicio anterior al que se negocie la venta.

**Antes de contactar con posibles interesados**, puede ser conveniente contar con la asistencia de asesores financieros, para que ayuden al empresario familiar a encontrar potenciales adquirentes, o a valorar y fijar expectativas de precio de la empresa. Se contraten o no, resultará útil preparar proyecciones realistas de los planes de futuro de la empresa familiar (siempre se compra el futuro, no el pasado) y un documento resumen presentando la empresa familiar de forma atractiva (*teaser*), que se remitirá a esos potenciales interesados después de que firmen el correspondiente acuerdo de confidencialidad (NDA, por sus siglas en inglés).

**En paralelo al proceso de suscitar interés en potenciales compradores**, es necesario preparar el conocido como *data room* (que ahora casi siempre es virtual), con la información relevante de la empresa debidamente organizada. Y puede ser conveniente que la documentación sea revisada por abogados, asesores fiscales, asesores financieros y asesores contables contratados por el empresario familiar, en los que se conoce como una *vendor due diligence*, que se pone a disposición de los posibles interesados y les sirve de ayuda y referencia, facilitando que estudien la operación.



**Durante las primeras negociaciones.** Si la empresa familiar suscita tanto interés que es posible organizar un proceso competitivo, con al menos dos interesados en puja por la compañía, en esta fase es necesaria una carta de proceso y unas reglas claras. Pero en la mayoría de los casos no es así, y lo normal será que los interesados que realmente quieran adquirir remitan una carta de interés (o LOI, por sus siglas en inglés) no vinculante –es decir, que no les obliga a comprar–, que una vez aceptada por el empresario familiar –que tampoco se obliga a vender con dicha aceptación– dará al potencial adquirente exclusividad durante un periodo de tiempo razonable para completar su *due diligence* y para que las partes negocien los contratos que formalicen la transacción. A veces, en lugar de la LOI, se propone un *memorandum of understanding* (MOU) o una *term sheet* (un resumen de los principales términos y condiciones de la transacción propuestos), documentos también no vinculantes y con efectos similares.

Cualquiera de estos documentos, aunque no sean vinculantes y conlleven mucha negociación no jurídica, son de enorme importancia, porque fijan el marco de condiciones en base al cual las partes se sentarán alrededor de una mesa para negociar el contrato de compraventa definitivo, y es difícil que lo fijado en estos documentos se pueda renegociar más adelante, imposible sin poner en riesgo el acuerdo.

**Y, por fin, se negocian los contratos definitivos**, tras los resultados de la *due diligence*. Contratos que desarrollarán los términos acordados en la LOI (o MOU o *term sheet*): el de compraventa de las acciones o participaciones, los de garantías, los de alta dirección o mercantiles, si el empresario continúa vinculado al menos temporalmente a la empresa, los pactos de socios y estatutos, si la venta no es total, etc.)

Podríamos extendernos, pero todos los mandamientos se reducen a uno, por buen médico, abogado o empresario que sea uno... un médico no se opera a sí mismo, un abogado no se defiende a sí mismo y una empresa familiar no se vende a sí misma.

## 1.4 La especial importancia de los poderes preventivos en el nuevo régimen de protección a las personas con discapacidad

### Javier García Fernández

**La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, recientemente publicada, supone un cambio radical de escenario en lo que a la configuración tradicional de las restricciones o limitaciones de actuación de las personas discapacitadas se refiere.**

La reforma, publicada en el BOE del 3 de junio de 2021 y que entrará en vigor a los tres meses de su publicación, el 3 de septiembre de 2021, pretende sentar las bases de un nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad, basado en el respeto a su propia voluntad y preferencias, prescindiendo de la histórica visión de la incapacitación como proceso de modificación o restricción de la capacidad de obrar.

En este nuevo sistema instaurado y que se incorpora al régimen del Código Civil, se reconoce la primacía de la libertad de decisión individual de la persona, a través de las llamadas “medidas voluntarias”, de la que los poderes preventivos serían una específica manifestación. Es la apuntada Primacía de la libertad de la persona la que, como pasamos a analizar, posibilita -y en gran medida recomienda- el otorgamiento de unos amplios poderes preventivos que, trascendiendo del que ha venido siendo su tradicional contenido, incorporen una completa configuración de los medios o mecanismos de protección de los que dispone una persona en previsión de su eventual futura discapacidad.

### **Las medidas de apoyo para el caso de una situación de discapacidad**

Tal y como se hace constar en el propio texto de la citada Ley 8/2021, su promulgación responde a la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España a través de instrumento de 23 de diciembre de 2006. Todo ello bajo la premisa del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El cambio de enfoque introducido por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en la esfera de las tradicionales restricciones a la capacidad de obrar de la persona, partiendo del mencionado tratado internacional es, desde luego, radical, dando lugar la reforma a modificaciones legislativas de profundo calado en muy diversos ámbitos.

Por lo que a la esfera jurídico-privada civil de derecho común se refiere, en el nuevo esquema o sistema de protección de las personas con discapacidad que se instaura en el vigente Código Civil español –a través o como consecuencia de la reforma–, se otorga una especial preferencia a las denominadas medidas de apoyo voluntarias, entendidas como aquellas que pueda decidir, adoptar y/o configurar la propia persona, y con preferencia frente a instituciones o figuras tradicionales de protección de la persona como la guarda de hecho, la curatela o el defensor judicial, que se pueden considerar como medidas de apoyo de origen legal o judicial.

En cualquier caso, la finalidad de las medidas –tanto voluntarias, como legales o judiciales– será la de permitir el pleno desarrollo de la personalidad del individuo que precise las medidas y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, sin que supongan –al menos en principio– la sustitución del discapacitado en su actuación en el mundo del Derecho, limitándose a complementar la propia capacidad natural de la persona.

### **La caracterización de las medidas voluntarias de apoyo**

Por medidas de apoyo a la persona con discapacidad de naturaleza voluntaria se entienden las establecidas por el propio sujeto, a través de las cuales designa quién o quiénes deben, a su vez, prestarle apoyo ante una situación de pérdida o falta de capacidad, y con qué alcance.

Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que pudieren dificultarle en el futuro el ejercicio de su capacidad en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura

pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes. Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, con posibilidad incluso de determinarse mecanismos y/u órganos de control, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia debida, así como los mecanismos y plazos de revisión de las propias medidas.

Entre estas medidas de apoyo voluntario a las personas con discapacidad, y como la propia ley de reforma reconoce, adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, consolidados ya desde hace cierto tiempo en la práctica.

### **Los poderes preventivos**

Los denominados poderes preventivos se han conceptualizado por nuestra doctrina como negocios jurídicos de apoderamiento que responden a la voluntad de una persona (poderdante o mandante) que, en previsión de una futura situación de pérdida (más o menos acusada) de su capacidad, dispone facultar a otra u otras personas para actuar válidamente en su nombre en distintos ámbitos. Constituyen así un medio o mecanismo de protección de los intereses (personales y/o patrimoniales) de una persona ante un eventual supuesto de pérdida sobrevenida de capacidad, tal y como se hace constar, por ejemplo, en el artículo 222.2 del Código Civil de Cataluña, precepto que ya reconocía expresamente la figura.

Nuestros juzgados y tribunales han valorado estos poderes preventivos como una “solución arbitrada por la ley para velar por los intereses de quien, llegado el momento, no puede gobernarse por sí mismo”, apuntando que “el poder preventivo resuelve fundamentalmente los problemas que tienen lugar mientras se tramita el proceso de incapacitación, así como los que se plantean en esa línea intermedia, cada vez más habitual, en la que una persona se encuentra transitando de la capacidad hacia la incapacidad, dado que la incapacidad, más que una situación, es un proceso” (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona – Sección 18ª- de 26 de noviembre de 2019).

En el nuevo régimen legal que ahora resulta de la reforma operada por la Ley 8/2021, los poderes y mandatos preventivos se configuran como categoría particular de las medidas voluntarias de apoyo a las personas con discapacidad, diferenciando entre las dos modalidades de poderes preventivos que se venían utilizando en la práctica: los poderes en los que el poderdante incluye una cláusula de subsistencia del poder si en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad (poder prorrogado), así como los poderes otorgados por una persona sólo para el supuesto de que en el futuro precisare apoyo en el ejercicio de su capacidad (poder de protección). En relación con esta segunda modalidad de poderes preventivos (los que doctrinalmente se han considerado verdaderamente como tales poderes preventivos), para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante, con posibilidad de que el cumplimiento de estas se garantice mediante acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial al respecto.

Ambas modalidades de poderes preventivos se mantendrán vigentes aun cuando se constituyan otras medidas de apoyo distintas, y habrán de constituirse necesariamente en escritura pública, siendo comunicados por el notario autorizante al Registro Civil competente.

### **La conveniencia de disponer el otorgamiento de medidas voluntarias de apoyo**

La primacía de la libertad de decisión de la persona de la que parte la reforma legal operada en relación con las personas con discapacidad, y la reconocida preferencia de las denominadas medidas voluntarias de apoyo, aconsejan no sólo ya el otorgamiento –como hasta ahora se venía haciendo- de poderes o mandatos preventivos para dar respuesta a una eventual situación de falta sobrevenida de capacidad -o incluso de imposibilidad material de decisión-, sino la verdadera ordenación planificada de esa voluntad personal que disponga las concretas medidas de apoyo que se pretende sean de aplicación en un eventual escenario futuro de discapacidad. Autoconfiguración, por así decirlo, de medidas de apoyo que iría desde la propia delimitación y determinación del momento en que resultarían aplicables, hasta la identificación de la persona o personas designadas para prestar la asistencia requerida, pasando por la concreta forma de prestación, y por los mecanismos o medios de control que garanticen, en el caso concreto, que las medidas que se apliquen respondan a las ordenadas por la persona disponente.

En definitiva, la escritura pública de otorgamiento de los poderes preventivos a que se venía recurriendo con frecuencia en la práctica habrá de ser complementada con un contenido más amplio y propio de la categoría más general de las medidas voluntarias de apoyo a las personas con discapacidad que la Ley 8/2021 introduce en el régimen legal del Código Civil.

## **2. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES**

### **2.1 Mercantil y civil**

**El TS aclara cuándo la junta general debe aprobar el importe máximo anual a percibir por los administradores y sienta las pautas sobre los votos decisivos de personas en situación de conflicto**

**Sentencia del Tribunal Supremo 310/2021 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 13 de mayo de 2021**

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre dos acuerdos controvertidos que traen causa de la celebración de una junta general en diciembre de 2015, a saber: la aprobación de la retribución del cargo de la administradora única durante el ejercicio 2015 y el sueldo percibido por la directora general durante los ejercicios 2012 a 2015. Destaca el hecho de que la administradora única era a su vez la directora general de la sociedad y titular (indirectamente, a través de una sociedad) del 37% del capital social.

La primera cuestión controvertida versa sobre el momento en que debe/puede fijarse/aprobarse por la junta general el importe máximo de la retribución anual de los administradores. En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que el importe máximo de remuneración anual de los administradores no debe necesariamente aprobarse con antelación o al inicio del ejercicio al que se pretenda realizar, pudiendo hacerlo, como en el caso en cuestión “muy avanzado el ejercicio económico” (en diciembre), ya que “lo relevante es que la junta preste su autorización o conformidad durante ese ejercicio”.

La otra cuestión objeto de debate gira en torno a la eventual existencia de un conflicto de interés por la concesión a un socio de un derecho –esto es, en virtud de la causa legal prevista en el 190.1.c) de la Ley de Sociedades de Capital, cuya sanción es la imposibilidad de ejercitar el derecho de voto sobre el acuerdo del que surge el conflicto–, al aprobarse un incremento de la retribución de la directora general de 8.600 euros mensuales brutos a 19.500, con el voto favorable de la propia directora (socia única de la entidad titular del 37% del capital social de la sociedad). De aceptarse este planteamiento, la directora general/socia no hubiese podido ejercitar su derecho de voto. El Tribunal Supremo considera que no existe tal conflicto de interés basado en dicha causa legal porque la aprobación de la retribución como directora general no puede equipararse a “la concesión de un derecho”. El conflicto de interés tiene su origen y es aplicable solo para actos unilaterales de la sociedad, pero no para relaciones bilaterales entre el socio y la sociedad de las que surgen recíprocos derechos y obligaciones para ambas partes, como en este caso, que se trata de la remuneración de un contrato bilateral de prestación de servicios.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo entiende que sí existía una situación de conflicto de interés distinta de aquellos supuestos expresamente previstos en la Ley de Sociedades de Capital (entre los que se encuentra la causa que no había apreciado el Tribunal (i.e. la concesión de un derecho)). Concretamente, habida cuenta de la condición de administradora única de la sociedad de la directora general/socia y del propio contenido del acuerdo que debía adoptarse, relativo al incremento de la retribución. En tal sentido, considera de aplicación lo previsto en el artículo 190.3 de la Ley de Sociedades de Capital, al ser el voto emitido por la directora general/socia decisivo para la adopción del acuerdo en cuestión. Era la sociedad la que debía acreditar la conformidad del acuerdo al interés social circunstancia que no se ha producido en el caso enjuiciado. El Tribunal Supremo declara nulo el acuerdo por abusivo, al ser adoptado “por la mayoría en interés propio y en detrimento de los demás socios”.

### **El TS aclara el momento en el que debe considerarse nacida una obligación a efectos de la responsabilidad de los administradores por deudas en caso de incumplimiento contractual y ratifica su doctrina**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo 291/2021 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 11 de mayo de 2021**

El Tribunal Supremo aclara el momento en que debe considerarse nacida una obligación a efectos de exigir responsabilidad solidaria a los administradores por las deudas sociales estableciendo un régimen diferente según se trate de: (a) la obligación restitutoria propia de la resolución por incumplimiento contractual (artículo 1124 del Código Civil); o (b) la obligación derivada del cumplimiento de una condición resolutoria expresa (por ejemplo, en un contrato de compraventa de inmueble, el pacto entre las partes por el cual acuerdan que si se incumple el pago del precio por parte del comprador se resuelve/extingue el contrato, debiendo el comprador devolver/restituir el inmueble al vendedor).

Ha de recordarse que, de conformidad con el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, en caso de que una sociedad esté incurso en causa de disolución, los administradores responderán solidariamente de “las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución” cuando incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución. Al igual que los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. Por tanto, el momento temporal en que ha de considerarse nacida una obligación es de suma importancia a fin de determinar si los administradores deben responder con su patrimonio de las deudas sociales cuando la sociedad se encuentre en causa de disolución.

Conviene exponer la cronología de hechos del supuesto en cuestión: en abril de 2006 el demandante (y su esposa) firmaron con una sociedad un contrato de permuta por obra futura en virtud del cual aquellos transmitían a esta un solar y la sociedad se obligaba a transmitirles una vivienda y una plaza de garaje en el edificio que se construiría en ese solar. En 2014 la sociedad se vio privada del solar (que se adjudicó en subasta a la entidad financiera que otorgó el préstamo hipotecario para financiar la construcción del edificio que no llegó a ejecutarse), deviniendo imposible el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad. Ante tales circunstancias, el demandante solicita la resolución del contrato de permuta, exigiendo asimismo la responsabilidad solidaria del administrador de la sociedad por estar esta en causa legal de disolución desde 2010 (al ser su patrimonio neto negativo) y haber incumplido el administrador sus obligaciones de instar la disolución de esta sociedad.

Pues bien, con base en dichos hechos, el Tribunal Supremo entiende que estamos ante un supuesto de incumplimiento contractual y no ante el acaecimiento de una condición resolutoria. En este sentido, aclara el tribunal que en un caso como el enjuiciado la obligación de entregar el inmueble y garaje nace en la fecha de celebración del contrato (año 2006), siendo irrelevante si la sociedad vendedora estaba incurso en causa de disolución cuando se exigió la resolución o el cumplimiento de la obligación (año 2014). En el momento de la suscripción del contrato la sociedad no estaba incurso en causa legal de disolución y, por tanto, exonera al administrador de responder solidariamente por las deudas sociales derivadas del incumplimiento contractual.

Por último, respecto de las obligaciones sujetas a condición, el Tribunal Supremo ratifica su doctrina de que en tal caso la obligación nace con el cumplimiento de la condición, con independencia de que el contrato se hubiera celebrado con anterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución.

**Límites al derecho de separación por falta de distribución de dividendos: ¿puede ejercitarse respecto de cualquier ejercicio cuyas cuentas se sometan a aprobación en una sola junta general?****Sentencia del Tribunal Supremo 104/2021 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 25 de febrero de 2021**

En junio de 2017 se celebró junta general de una sociedad por la que se aprobaron las cuentas anuales de los ejercicios 2013, 2014, 2015. Respecto del año 2013, dicha junta acordó destinar los beneficios a reservas, sin repartir dividendos, ante lo cual un socio minoritario, que votó en contra, ejercitó una acción judicial frente a la sociedad para hacer efectivo su derecho de separación ex artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

La cuestión litigiosa a resolver por el Tribunal Supremo se concreta en determinar si el concepto de “ejercicio anterior” del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital se refiere a la anualidad inmediatamente anterior a la celebración de la junta general o a cualquier ejercicio cuyas cuentas anuales hayan sido examinadas en esa junta porque en su orden del día se acumularon varios ejercicios.

A partir de una interpretación conjunta de los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital y del Plan General de Contabilidad que regulan la formulación y aprobación de las cuentas anuales de las sociedades de capital, el Tribunal Supremo considera que las cuentas están concebidas legalmente como un documento (o conjunto de documentos) de periodicidad anual y que deben ser censuradas (aprobadas o rechazadas) de manera anual. Apunta también que no deja de ser una anomalía que las cuentas de varios ejercicios se agrupen para su examen y censura, aunque puedan aprobarse así y ello no suponga per se un motivo de impugnación.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal Supremo concluye que el concepto de “ejercicio anterior” del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital se refiere exclusivamente a la anualidad inmediatamente precedente al acuerdo de no distribución de dividendos y que, por tanto, el derecho de separación por no distribución de dividendos solo puede ejercitarse en relación con la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior a la junta en que se acuerda la no distribución, sin perjuicio de que se sometan a la aprobación de una misma junta las cuentas de varios ejercicios.

**El Tribunal Supremo reitera su doctrina sobre el derecho de separación y el momento en que se pierde la condición de socio****Sentencia del Tribunal Supremo 102/2021 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 24 de febrero de 2021**

El Tribunal Supremo reitera su criterio, expresado en sus recientes sentencias de 15 de enero, 2 y 9 de febrero de 2021, de que la condición de socio no se pierde cuando se notifica a la sociedad el ejercicio del derecho de separación, sino cuando la sociedad reembolsa al socio el valor de sus participaciones sociales. Hasta ese momento el socio mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a tal condición.

El presente litigio trae causa de la impugnación de una junta general celebrada en el año 2013 por parte de un socio al que se le había privado de sus derechos de asistencia y voto en dicha junta, por considerar que ya no tenía la condición de socio al haber ejercitado su derecho de separación en el año 2000 (en este caso, por la modificación del objeto social ante la cual el socio votó en contra).

En aplicación del criterio antes indicado, el Tribunal Supremo declara la nulidad de la junta y de los acuerdos en ella adoptados porque, pese a que el socio ya había ejercitado su derecho de separación antes de dicha junta, aun no se le había pagado el valor de sus participaciones y, por tanto, sus derechos como socio habían sido vulnerados.

### **Límites a las retribuciones de administradores excesivas y la nulidad de operaciones vinculadas en las sociedades familiares en conflicto interno**

#### **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 219/2021, de 4 de febrero de 2021**

La Audiencia Provincial de Barcelona se pronuncia sobre las controversias derivadas de un conflicto de socios en el seno de una sociedad familiar dedicada a la gestión del patrimonio inmobiliario, en el marco del cual se ejercitó por el bloque minoritario de la sociedad (formado por la madre y uno de los hijos) una acción social de responsabilidad contra el bloque mayoritario (formado por el padre y otro hijo, ambos administradores de la compañía) en base a las siguientes dos causas: (i) la percepción por los administradores durante los años 2015 a 2017 de una retribución por encima de los límites estatutarios previstos; y (ii) la suscripción en el año 2013 entre las partes del bloque mayoritario de un contrato de arrendamiento en términos muy ventajosos para el hijo, en perjuicio de la sociedad (por la duración y la renta pactada, muy inferior a la de mercado). Cabe destacar, como uno de los puntos clave del relato, que esta división en bloques se produjo por el divorcio entre los cónyuges socios, desencadenante del conflicto familiar desde el año 2010.

Con respecto al primero de los puntos objeto de controversia, alega el bloque mayoritario que la retribución que perciben en su condición de administradores por encima del límite estatutario (el 2 % de los ingresos de explotación obtenidos por la sociedad en cada ejercicio social), -y que fue tolerada mientras estaba vigente el matrimonio- obedecía a la existencia de un acuerdo informal de socios consecuencia de haber sido permitida dicha actuación de forma previa. La Audiencia deja claro que dicha interpretación –en contra del criterio expresado por la primera instancia– es errónea, puesto que el acuerdo de socios exige el compromiso de los socios de vincularse en el futuro, indicando a estos efectos que “no toda práctica, por reiterada que sea, equivale a un acuerdo parasocial”, y menos aun cuando la situación ha cambiado, encontrándose inmersos en una crisis matrimonial y familiar.

En relación con lo anterior, la Audiencia recuerda que ni el voto a favor de los socios de la aprobación de las cuentas anuales (tal y como sucede en el presente caso) implica conformidad con todas sus partidas (i.e. la retribución de los administradores), ni impide el ejercicio de la acción de responsabilidad. Señala, además, que la no impugnación de las cuentas aprobadas tampoco supone un acto inequívoco del que se desprenda el consentimiento a una retribución superior al límite estatutario establecido.



Respecto del contrato de arrendamiento, considerando que no fue ni conocido ni aceptado por el bloque minoritario, la Audiencia determina que la parte demandada infringió tanto su deber de lealtad como su deber de diligencia, al no abstenerse el administrador/padre (que actuaba en representación de la sociedad) de ejecutar la operación con una persona vinculada (arrendatario –hijo–) en una situación de conflicto, condenándole a indemnizar a la sociedad por el daño y perjuicio ocasionado por su actuación.

### **Se puede recurrir a la figura de las diligencias preliminares para averiguar la identidad de los herederos del administrador responsable**

#### **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) 11/2021, de 28 de enero de 2021**

La Audiencia entra a valorar la procedencia de la solicitud de diligencias preliminares para tratar de identificar a los herederos del administrador responsable de una sociedad fallecido, presentada por un acreedor que pretende ejercer una acción de responsabilidad contra los herederos, con fundamento en la responsabilidad por deudas del administrador.

En concreto, el acreedor solicita que se oficie a la notaría donde el administrador otorgó testamento y a la oficina liquidadora del Impuesto sobre Sucesiones.

En este caso, la Audiencia concluye que se dan todos los presupuestos para adoptar las dos medidas solicitadas tendentes a averiguar la identidad de los herederos del administrador de la sociedad deudora: (a) la necesidad de la medida justificada por la seguridad jurídica que puede aportar tanto a quien pretende ejercitar la acción como al órgano jurisdiccional que debe sustanciarla; y (b) la idoneidad en cuanto ambas medidas pueden ayudar a concretar la identidad de los herederos; no suponiendo óbice insuperable el hecho de que la diligencia no se dirija explícitamente frente al legitimado eventual en la acción que se pretende ejercitar en el futuro.

Si bien, antes de acordar la práctica de estas medidas, es preciso notificar la solicitud a los posibles interesados (ignorados herederos o herencia yacente) en el domicilio que fuera del administrador fallecido, con el fin de que el solicitado pueda eventualmente oponerse a las diligencias antes de su adopción.

### **‘Business judgment rule’: ¿puede ser un consejero delegado cesado por no alcanzar los objetivos de un plan de viabilidad?**

#### **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 2297/2020, de 26 de octubre de 2020**

La Audiencia Provincial de Barcelona se pronuncia en esta sentencia sobre el cese y resolución unilateral del contrato del consejero delegado de una compañía (sin el abono de la correspondiente indemnización) por no haber cumplido los objetivos/previsiones de un plan de viabilidad en una situación de grave crisis para la empresa.

Se discute, principalmente, si el incumplimiento de los objetivos del plan de negocio por parte de la compañía –que, en última instancia, se materializaban en la falta de diligencia en la toma de decisiones importantes por parte del consejero delegado cesado–, estaba o no amparado por la protección de la discrecionalidad empresarial en los actos de gestión que otorga nuestro ordenamiento, también conocida como “business judgment rule”.

En primer lugar, considera la Audiencia que no puede prosperar en estos casos una imputación genérica de falta de diligencia, correspondiendo a la sociedad acreditar los graves incumplimientos del deber de diligencia que llevaron al cese del consejero delegado. Destaca, asimismo, que, aunque resulta claro que no se cumplieron las previsiones por parte de la compañía para reanudar la producción y estabilizar y sanear el negocio (debiendo los socios asumir aportaciones adicionales), las decisiones del consejero delegado se basaron en un proceso previo de información suficiente (i.e. la información que los propios directores técnicos de la compañía le proporcionaban con base en el plan de viabilidad, habiendo sido dicho proyecto evaluado por una consultora externa), y a través de un proceso de toma de decisión adecuado (i.e. informando puntualmente tanto al consejo como al socio mayoritario de referencia).

Es por ello que la Audiencia Provincial de Barcelona considera que no existe un incumplimiento grave de los deberes básicos del consejero delegado cesado y que, si bien, sus decisiones “no fueron exitosas, entraban dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial” amparado por la Ley de Sociedades de Capital.

### **La doctrina de los actos propios convalida la retribución de los administradores percibida al margen de los estatutos sociales cuando todos los socios lo acordaron o consintieron**

#### **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 458/2020, de 25 de septiembre de 2020**

En una situación de conflicto entre socios en el seno de una sociedad familiar dedicada a la gestión del patrimonio inmobiliario familiar, la Audiencia Provincial de Madrid se pronuncia, entre otras cuestiones, sobre la procedencia de una acción social de responsabilidad ejercitada por uno de los socios contra otros dos, que eran a su vez administradores de la sociedad (ostentando los cargos de presidente y secretario del consejo de administración), sobre la base de que habían percibido remuneraciones indebidas como administradores de la sociedad durante el periodo en que los estatutos preveían la gratuidad del cargo.

Destaca el hecho de que, en junta universal celebrada en 2011, con la participación del socio demandante y con el voto favorable de la unanimidad de todos los socios, se modificaron los estatutos de la sociedad para establecer el carácter retribuido del cargo de administrador social, así como el sistema para fijar dicha remuneración, además de ratificar las retribuciones de años anteriores ya percibidas por los administradores por la prestación de sus servicios profesionales a la sociedad.

Con base en la doctrina de los actos propios, en tanto que es una manifestación del principio general de buena fe, la Audiencia Provincial considera que, aunque conforme a los estatutos iniciales de la sociedad el cargo de administrador era gratuito, todos los socios (incluido el demandante, que fue, además, consejero delegado mancomunado hasta el año 2015) conocieron y consintieron que los administradores cobrasen una retribución por sus funciones ejecutivas, por lo que dichas retribuciones se debían mantener.

Asimismo, señala la Audiencia que no se puede estimar tampoco la pretensión del demandante de que se restituyan a la sociedad las retribuciones percibidas por los administradores a partir del año 2011, una vez que los estatutos fueron modificados para prever que el cargo de administrador fuese retribuido, toda vez que las mismas pasaron a tener cobertura estatutaria y además dentro de los límites previstos en los estatutos, según queda acreditado en el informe pericial.

### **Valoración de las participaciones sociales en supuestos de transmisión forzosa: cabe libertad de pactos siempre y cuando no se perjudique a los acreedores**

#### **Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 17 de mayo de 2021**

La Dirección General deniega la inscripción de una cláusula estatutaria relativa al régimen de transmisión de participaciones sociales objeto de un procedimiento administrativo o judicial de embargo y que reconocía un derecho de adquisición preferente –a ejercitar por la sociedad y, subsidiariamente, por los socios–, sobre las participaciones sociales embargadas, siendo el precio de la transmisión de estas el valor razonable, entendiéndose por tal “el valor contable que resulte del última balance aprobado por la junta”. Destaca en este caso que la cláusula debatida había sido aprobada por unanimidad en junta general universal. Asimismo, y entre otras cuestiones, el inicio de un procedimiento administrativo o judicial de embargo era causa estatutaria de exclusión del socio.

Entiende la Dirección General que, pese a estar reconocida la libertad de pacto de los socios a la hora de fijar el valor de las participaciones sociales cuando estas son objeto de disposición, esta valoración no puede ir en perjuicio de los acreedores, como ocurría en este caso. Concretamente, mientras que para el régimen de transmisiones forzosas discutido se recogía en los estatutos sociales como “valor razonable” el valor contable antedicho, para otro tipo de transmisiones reguladas en los estatutos sociales (e.g. transmisiones mortis causa e inter vivos), así como para la exclusión de socios por causas diferentes al inicio de procedimiento de embargo de las participaciones sociales, en los referidos estatutos sociales se establecía que el valor razonable era aquel determinado por un auditor de cuentas.

## **La necesidad de un balance auditado en la reducción de capital por pérdidas**

### **Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 17 de mayo de 2021**

La Dirección General recuerda que no resulta necesaria la verificación del balance que sirve como base a la reducción por pérdidas cuando esta operación es neutra para los intereses de los acreedores, lo que ocurrirá cuando esta operación venga acompañada de un sucesivo e inmediato aumento de capital a cargo de nuevas aportaciones o por compensación de créditos que iguale o supere la cifra de capital inicial (por ejemplo, en una operación acordeón).

En el supuesto de hecho analizado por la Dirección General, el balance que sirve de base para la operación de reducción de capital por pérdidas no ha sido verificado por ningún auditor de cuentas ni la sociedad ha acordado ninguna ampliación de capital. La sociedad pretende justificar que la operación es neutra para los acreedores porque se ha efectuado una aportación a fondos propios a través de una compensación de créditos y una aportación en metálico a la cuenta 118 del Plan General Contable.

La Dirección General niega que tal operación sea neutra para los acreedores puesto que, tras ejecutar la reducción de capital y realizar las antedichas aportaciones a fondos propios (cuenta 118), la cifra de capital social resultante –la cual, sirve de garantía frente a los acreedores– es inferior a la inicial. La Dirección General subraya el hecho de que aquellas aportaciones a la cuenta 118 tienen la consideración de reservas disponibles y, por lo tanto, no cumplen con la función de garantía que corresponde al capital social.

## **La importancia de saber cómo y cuándo solicitar el complemento de convocatoria de junta general**

### **Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 17 de mayo de 2021**

La Dirección General deniega la inscripción en el Registro de una anotación preventiva de solicitud de publicación de un complemento de convocatoria de una junta general de una sociedad anónima al entender que dicha solicitud de complemento se había realizado sin cumplir con los requisitos previstos en la Ley de Sociedades de Capital.

En concreto, en este caso, el anuncio de convocatoria de la junta general se publicó en el BORME el 21 de septiembre de 2020 pudiendo, por tanto y de conformidad con la Ley de Sociedades de Capital, recibirse en el domicilio social las solicitudes de complementos de convocatoria dentro de los cinco días siguientes a dicha publicación. Ha de recordarse que este derecho corresponde a aquellos accionistas que representen, al menos, un cinco por ciento del capital social y la solicitud debe realizarse mediante notificación fehaciente. Este derecho fue ejercitado por una accionista mediante correo electrónico y burofax enviados a la sociedad el 25 de septiembre de 2020. El correo electrónico (que no tiene la consideración de notificación fehaciente) se recibió en la cuenta de correo del representante persona física

del administrador único de la sociedad con “acuse de recibo, mediante justificante de lectura del correo a las 13:15 horas” del mismo día. El burofax (enviado por el Servicio de Correos) se recibió por la sociedad el 28 de septiembre.

### **Los cargos caducados de un consejo de administración, ¿pueden convocar la junta general para designar administradores y para aprobar las cuentas anuales?**

#### **Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 7 de mayo de 2021**

En el presente caso, la Dirección General entiende que es válida la convocatoria de una junta general efectuada por un consejo de administración cuyos cargos habían caducado y que tenía por objeto no solo el nombramiento de administradores sino también la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio precedente.

Como regla general, las convocatorias de junta general efectuadas por un órgano de administración cuyos cargos están caducados son nulas, salvo aquellas que tengan por objeto únicamente la regularización de este órgano (de esta manera, se evita la paralización de la sociedad). No obstante, en este supuesto, considera la Dirección General que, dado que la aprobación de las cuentas anuales es una materia sobre la que la junta general debe tratar necesariamente en cada ejercicio, y que, por tanto, es un punto del orden del día de inserción obligatoria en la convocatoria, sin perjuicio de que se pudiera tratar en otra junta, la validez de la convocatoria admitida para la renovación de los administradores es igualmente extensible a la aprobación de las cuentas anuales.

### **Los socios o accionistas siguen ostentando el derecho de asunción o suscripción preferente en operaciones acordeón, con independencia de cuál sea la contraprestación del aumento**

#### **Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 5 de mayo de 2021**

La Dirección General deja claro que los socios o accionistas pueden ejercitar “en todo caso” el derecho de asunción o suscripción preferente de participaciones o acciones en las denominadas “operaciones acordeón aunque la contraprestación en la operación de ampliación sea distinta a aportaciones dinerarias. Recordamos que las “operaciones acordeón” consisten en la reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal, y la ampliación del capital social con carácter simultáneo hasta una cantidad igual o superior a la mencionada cifra mínima, cuya finalidad, en gran parte de los casos, es la de sanear el patrimonio social. Concretamente, en este caso, el aumento de capital derivado a la operación acordeón tenía como contrapartida la compensación de un crédito que ostentaba un accionista frente a la sociedad.

La Dirección General hace hincapié en que este derecho cumple el cometido fundamental de impedir que, merced a un acuerdo mayoritario, los minoritarios queden excluidos de hecho de la sociedad a causa de la reducción total, o relegados a la insignificancia a través de una minoración considerable de su participación en la compañía.

### **Soluciones estatutarias para designar a un representante para el ejercicio de los derechos de voto constante la comunidad hereditaria y repartir el mismo dividendo a todos los socios con independencia de su participación en el capital social**

#### **Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 14 de abril de 2021**

Según la Dirección General no es contraria a la norma societaria una cláusula estatutaria en virtud de la cual el socio "causante" pueda designar en el propio título sucesorio al representante de las participaciones sociales constante la comunidad hereditaria y hasta que se produzca la adjudicación de las referidas participaciones a los herederos. Así, el socio puede designar en su testamento a una persona que, producido su fallecimiento y abierta la sucesión, ejercite los derechos que correspondan a sus participaciones sociales hasta el momento en que los herederos acepten la herencia.

Por otra parte, en la misma resolución, la Dirección General considera ajustada a Derecho una cláusula estatutaria que establece un sistema de reparto de dividendos igual para todos los socios, es decir, con independencia de la participación que ostenten cada uno de ellos en el capital social.

### **La junta general de socios es quien tiene la facultad de designar de forma voluntaria al auditor para efectuar la auditoría de las cuentas anuales consolidadas**

#### **Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 11 de marzo de 2021**

En relación con qué órgano de la sociedad tiene la competencia para nombrar el auditor de cuentas cuando este es voluntario, la Dirección General determina que ha de distinguirse según se trate de cuentas individuales o consolidadas.

Así, en el caso de las cuentas individuales recuerda la doctrina reiterada en varias resoluciones que atribuye esta competencia al órgano de administración, que podrá efectuar dicho nombramiento incluso una vez cerrado el ejercicio a auditar y con libertad para fijar el plazo o ejercicios para los que se nombra.

En el caso de las cuentas consolidadas, apoyándose en la literalidad del artículo 42 del Código de Comercio, apunta que la competencia del nombramiento del auditor, sea la auditoría voluntaria u obligatoria, corresponde a la junta general de la sociedad dominante.

## 2.2 Tributario

**ISD. - El TS confirma que no es necesario mantener la actividad económica para aplicar la reducción del 95% en adquisiciones 'mortis causa' de la empresa familiar**

**Tribunal Supremo. Sentencia de 2 de junio de 2021**

El tribunal analiza el requisito de mantenimiento necesario para no perder la reducción por transmisión *mortis causa* de la empresa familiar y concluye que basta con mantener el “valor de lo adquirido” durante un plazo de 10 años para entender cumplida esta exigencia legal. Los detalles de la sentencia, fruto de un recurso cuya dirección letrada ha correspondido a Garrigues, se pueden consultar [aquí](#).

**ISD. - El TS se pronunciará sobre si una liquidación firme y consentida puede verse afectada por una sentencia posterior del TJUE que declara contraria al Derecho de la UE la norma que sirvió de base a dicha liquidación**

**Tribunal Supremo. Auto de 8 de abril de 2021**

En este caso, la Administración hizo tributar a un contribuyente residente en Argentina por la adquisición hereditaria de un inmueble ubicado en Castilla-La Mancha aplicando la legislación estatal del Impuesto sobre Sucesiones, en lugar de la legislación autonómica castellano-manchega, lo que supuso que no pudiera aplicar una reducción del 95% en la base del impuesto. Posteriormente se le concedió aplazamiento y fraccionamiento de la deuda tributaria otorgando garantía hipotecaria sobre un inmueble, pero como consecuencia de la falta de cumplimiento se aprobó la enajenación del inmueble hipotecado mediante subasta, que es el objeto del que arrancó el recurso que ha llegado al TS.

El contribuyente dejó firme la liquidación del Impuesto sobre Sucesiones, ya que en dicho momento aún no había sido dictada la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 3 de septiembre de 2014, que declaró contrarias al Derecho de la Unión las diferencias de la norma española en el tratamiento fiscal de las donaciones y las sucesiones para residentes y no residentes en España. No obstante, sí que conocía dicha sentencia cuando dejó firme la inadmisión de la nulidad de pleno derecho que instó frente a la liquidación tras conocer esta sentencia.

El Tribunal Supremo determinará:

- (i) si la doctrina contenida en la sentencia de 3 de septiembre de 2014 del TJUE resulta de aplicación a quienes no son residentes en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo, sino en Estados terceros;
- (ii) si la Administración está facultada para ejecutar una liquidación tributaria firme, cuando la norma aplicada ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión Europea por el TJUE; y

- (iii) si el contribuyente puede obtener la nulidad de una liquidación tributaria firme pero contraria al Derecho de la UE a través de una reclamación formulada frente a un acto de recaudación, y si debe tener alguna influencia la circunstancia de que instara un procedimiento extraordinario para la revocación de la liquidación y se hubiera obtenido una resolución desestimatoria firme y consentida por el contribuyente.

### **ISD. - Así se computa el plazo de la Administración para liquidar la deuda tributaria si se promueve juicio voluntario de testamentaria o procedimiento para la división de la herencia**

#### **Tribunal Supremo. Sentencia de 30 de marzo de 2021**

Se discute si el plazo de que dispone la administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación a efectos del ISD, en caso de quedar suspendido por promoverse juicio voluntario de testamentaria o procedimiento para la división de la herencia, se ha de contar nuevamente desde el día siguiente a aquél en que sea firme la resolución definitiva que ponga fin al procedimiento judicial o desde que los interesados pongan en conocimiento de la administración dicha circunstancia.

Se trata de un supuesto en el que, una vez notificadas las propuestas de liquidación por la oficina gestora, y tras haber sido presentadas alegaciones señalando que se había iniciado un juicio de testamentaria y que debía suspenderse el trámite liquidatorio hasta su finalización, se acordó dicha suspensión hasta que no recayera resolución firme. El procedimiento fue archivado finalmente, sin que fuera parte del mismo la Administración y sin que se le comunicara tal circunstancia. Siete años después se formalizó por los herederos escritura pública de aceptación de herencia, y la Administración acabó liquidando el Impuesto sobre Sucesiones al entender que el procedimiento administrativo se encontraba suspendido a instancia de los contribuyentes y éstos habían incumplido su obligación de comunicar a la Administración la resolución firme que ponía fin al juicio de testamentaria.

El Tribunal Supremo concluye que, en este caso, se ha de contar nuevamente el plazo de que dispone la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación desde el día siguiente a aquél en que sea firme la resolución definitiva que ponga fin al procedimiento judicial. Y ello sin necesidad de que el interesado comunique la firmeza a la Administración. La suspensión del plazo no está condicionada a la solicitud del interesado, nada impide alzar dicha suspensión desde la firmeza de la resolución judicial sin necesidad de comunicación alguna por el interesado. Además, la Administración tiene múltiples herramientas y potestades otorgadas por el ordenamiento jurídico para evitar que prescriba su derecho. En consecuencia, se anula la liquidación por prescripción.



**IP. - Los préstamos participativos concedidos a una participada exenta en el Impuesto sobre el Patrimonio no gozan de exención en dicho impuesto****Tribunal Supremo. Sentencia de 30 de marzo de 2021**

En esta sentencia se analiza el caso de un contribuyente que había consignado sus participaciones en una empresa familiar como exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio, pero que consignó como no exento el préstamo participativo que había concedido a esa misma entidad. Tras presentar su autoliquidación, solicitó su rectificación porque entendía que el préstamo participativo era equivalente a una participación en el capital de una entidad exenta, por lo que también debía estar exento del impuesto.

Tras un análisis de las características propias de los préstamos participativos, el Tribunal Supremo concluye que no son valores representativos de la participación en fondos propios de una entidad, sino de la cesión a terceros de capitales propios, aunque se equiparen al patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y liquidación de una sociedad. Por ello, entiende el tribunal que no le resulta de aplicación al préstamo participativo la exención prevista para las participaciones.

**ITPyAJD. - No tributa la aportación de un bien privativo por parte de uno de los cónyuges a la sociedad de gananciales****Tribunal Supremo. Sentencia de 3 de marzo de 2021**

En esta sentencia se analiza la posible tributación de una aportación a título gratuito a favor de la sociedad de gananciales de dos inmuebles privativos de uno de los cónyuges.

El TS señala que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica y se configura en nuestro ordenamiento jurídico como una comunidad en mano común o germánica, en la que los cónyuges no son dueños de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos son titulares conjuntamente del patrimonio ganancial.

De esta forma, la aportación gratuita de bienes privativos a la sociedad de gananciales no constituye una donación al otro cónyuge, porque el bien aportado no llega a formar parte del patrimonio privativo del otro cónyuge ni pasa a ser copropiedad de ambos cónyuges, sino que se trata de un negocio jurídico atípico cuya nota predominante no es tanto la mera liberalidad sino ampliar el patrimonio separado que conforma la sociedad de gananciales para cubrir más satisfactoriamente las necesidades familiares. No cabe confundir esta operación, por tanto, con la aportación a título gratuito por un cónyuge de un bien privativo a favor del otro cónyuge.

Dado que el Impuesto sobre Sucesiones posee carácter personal y grava incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo por personas físicas, la sociedad de gananciales, como patrimonio separado, no puede ser sujeto pasivo del impuesto y no puede ser sujeto de gravamen.

Por ello, el TS resuelve que, la aportación a título gratuito por un cónyuge de un bien privativo a su sociedad de gananciales no se encuentra sujeta a ITPyAJD, ni puede ser sometida a gravamen tampoco por el Impuesto sobre Donaciones.

### **ISD. - El TS admite a casación la interpretación del concepto de “ausencias temporales o esporádicas” para determinar la residencia fiscal en una determinada comunidad autónoma**

#### **Tribunal Supremo. Auto de 4 de febrero de 2021**

El Tribunal Supremo analizará la interpretación de los conceptos de “permanencia” en un territorio y de “ausencias temporales o esporádicas” de dicho territorio, a los efectos de determinar la residencia fiscal de un estudiante en una determinada comunidad autónoma. Esta cuestión puede tener efectos prácticos relevantes en caso de recibir una donación, ya que puede afectar a la normativa autonómica aplicable y existen diferencias notables entre comunidades autónomas.

En particular, se admite a trámite el recurso de casación con el objetivo de determinar si el periodo de tiempo de permanencia de una persona física en una comunidad autónoma distinta de donde residen sus padres, con el objeto de cursar estudios universitarios, cuando tales progenitores financian esos estudios, ha de considerarse como “ausencia temporal” del domicilio familiar de los padres, con los efectos inherentes que comporte dicha circunstancia.

### **ISD. - Se analiza la regla especial de devengo del impuesto en casos de transmisión del ‘ius delationis’**

#### **Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sentencia de 4 de febrero de 2021**

En el supuesto analizado, una persona fallece en julio de 2014 sin herederos forzosos y sin testamento. En julio de 2016 se hace declaración de herederos abintestato a través de un acta de notoriedad, resultando como heredera única y universal la hermana del causante. En septiembre de 2016 fallece dicha heredera sin haber aceptado ni repudiado la herencia, y también sin herederos forzosos ni testamento. En abril de 2017 se declara como único y universal heredero a través de acta de notoriedad a un primo carnal de la fallecida (previa renuncia a la herencia de los otros diez primos de la causante), y en septiembre de 2017 acepta pura y simplemente las dos herencias y presenta la declaración del Impuesto sobre Sucesiones.

En este caso, el contribuyente adquiere el *ius delationis* del que era titular su prima al fallecer -lo que tuvo lugar ya transcurrido el plazo general para liquidar la herencia- y tras la renuncia de los otros diez primos del causante, por lo que en el plazo voluntario de liquidación ni siquiera tenía la condición de heredero, resultando la presentación extemporánea en este caso inevitable.

Por ello, concluye la sentencia que, pese a que como regla general el impuesto se devenga el día del fallecimiento, el artículo 24.3 de la Ley del ISD contiene una excepción que resulta de aplicación en el presente caso, en virtud de la cual en casos en los que la efectividad de la adquisición de los bienes se encuentre suspendida por “cualquier limitación”, ésta se entiende realizada cuando esa limitación desaparezca, devengándose el impuesto el día en el que se declara heredero y éste adquiere el *ius delationis*.

En virtud de lo anterior el tribunal estima el recurso y acoge la pretensión de que no se aplique el recargo por presentación extemporánea, ya que resulta contrario a la más elemental justicia material en un supuesto como el planteado.

### **IRPF. - Las pérdidas patrimoniales derivadas de transmisiones lucrativas ‘inter vivos’ no se computan fiscalmente**

#### **Tribunal Económico-Administrativo Central. Resolución de 31 de mayo de 2021**

Se analiza si en caso de producirse una pérdida fiscal derivada de una donación de ciertos bienes (en este supuesto se trataba de unos inmuebles donados a favor de los hijos), la misma puede ser aprovechada por el donante en su declaración del IRPF.

El TEAR de la Comunidad Valenciana sostuvo que tales donaciones sí pueden producir pérdidas patrimoniales con trascendencia fiscal por diferencia entre el valor de adquisición del bien donado y su valor en el momento de la donación.

El TEAC, sin embargo, resolviendo el recurso planteado en unificación de criterio, entiende que el artículo 33.5.c) de la Ley del IRPF es claro y que, cuando expresamente dispone que no se computarán como pérdidas patrimoniales las debidas a transmisiones lucrativas por actos inter vivos, el legislador está excluyendo expresamente la integración en la base imponible del transmitente de dichas pérdidas patrimoniales (ni el importe total del valor de adquisición, ni la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión).

### **ISD. - No puede negarse la aplicación de la reducción del 95% en adquisición de actividad de arrendamiento de inmuebles por motivos puramente formales relacionados con la naturaleza laboral o no de un contrato**

#### **Tribunal Económico Administrativo. Resolución de 25 de marzo de 2021**

En este caso, se aplicó, en relación con unos inmuebles heredados, que estaban afectos a la actividad de arrendamiento por el causante, la reducción sobre elementos patrimoniales afectos a una empresa individual regulada en dicho momento en la normativa autonómica catalana. El disfrute de la reducción quedaba condicionado al mantenimiento del ejercicio de la misma actividad durante los cinco años siguientes a la muerte del causante, y precisamente se discute el cumplimiento de dicho requisito.

En concreto, la controversia versa sobre la naturaleza del contrato suscrito entre una de las comuneras y la comunidad de bienes que desarrolla la actividad de arrendamiento de los inmuebles. La calificación de dicho contrato como laboral o no es lo que determinaría si se cumplen o no de los requisitos para que la actividad de arrendamiento sea considerada como actividad económica y, por ende, para perder o no el beneficio fiscal contemplado en la norma autonómica que aplicaron.

El TEAC, por remisión a la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto (vg. STS 2380/2016 de 26 de mayo de 2016), hace referencia a que, en caso de duda, se debe hacer una interpretación finalista de la norma tendente a la conservación de la actividad económica que se desarrollaba por los causantes y que ahora es ejercida por los causahabientes.

En consecuencia, concluye que negar la aplicación de la reducción debido a motivos puramente formales relacionados con la naturaleza laboral o no de un contrato que posibilita la continuación de la actividad de arrendamiento de los inmuebles, implicaría atentar contra el espíritu y finalidad de la norma, más en un caso como el presente en que no hay constancia de que el contrato laboral no haya sido admitido por la Seguridad Social.

### **ISD. - La donación 'mortis causa' está sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones**

#### **DGT. Consulta Vinculante V0602-21, de 16 de marzo de 2021**

La DGT resuelve que a efectos del ISD, la donación mortis causa, por ser una donación cuyos efectos se despliegan con la muerte del donante, se calificará como un título sucesorio y quedará sujeto a la normativa relativa a la adquisición por causa de muerte. En relación con el IRPF, la donación mortis causa se rige por la normativa de la sucesión testamentaria. Consecuentemente, no se apreciará la existencia de ganancia o pérdida patrimonial.

### **ISD. - La DGT explica cómo tributa en el ISD la renuncia a la herencia y la sustitución vulgar**

#### **DGT. Consulta Vinculante V0350-21, de 24 de febrero de 2021**

La DGT diferencia entre distintas situaciones en relación con la institución del sustituto vulgar. El heredero que repudia o renuncia pura, simple y gratuitamente a la herencia no queda sujeto a tributación por el ISD, al no originarse el hecho imponible del mismo.

Cuando se instituye una sustitución vulgar, se entenderá que el sustituto vulgar hereda del causante, convirtiéndose automáticamente en el sujeto pasivo del impuesto y atendiéndose a su patrimonio preexistente y a su parentesco con el causante.

Cuando el heredero instituido lleva a cabo la repudiación o la renuncia pura, simple y gratuita sin que el testamento instituya una sustitución vulgar, o bien la prevea únicamente para los supuestos de premoriencia o incapacidad, pero no para los supuestos de renuncia, los

beneficiarios tributarán por la adquisición de la parte repudiada siempre que no reciban directamente otros bienes del causante, aplicando el coeficiente que corresponda a su patrimonio preexistente y atendiendo a su parentesco con el causante, salvo que el renunciante tenga señalado un coeficiente superior, en cuyo caso se tendrá en cuenta este último. También resultará de aplicación a los supuestos de sucesión intestada cuando el llamado a suceder renuncie a la herencia.

### **IRPF. - Cómo cuantificar el gasto por la amortización de un local recibido a título lucrativo**

#### **DGT. Consulta Vinculante V0308-21, de 19 de febrero de 2021**

El consultante recibe un local por donación que es puesto en alquiler el mismo año. La DGT considera que el consultante podrá aplicarse las amortizaciones previstas en la normativa, dada la inevitable depreciación que sufre este local generador de rendimientos por su uso. A este respecto, el importe de la amortización anual será el 3% sobre el mayor entre el valor catastral de la construcción y el importe de los gastos y tributos satisfechos por la adquisición, sin incluir el valor del suelo ni el valor del inmueble a efectos del ISD. Ahora bien, a efectos del límite de la amortización acumulada, se deberá tener en cuenta el valor de adquisición en los términos del artículo 36 de la Ley del IRPF y no el importe de los gastos y tributos satisfechos por la adquisición.

### **ISD. - La conmutación del usufructo universal autorizada o impuesta por disposición testamentaria no está sujeta a ITP**

#### **DGT. Consulta Vinculante V0297-21, de 18 de febrero de 2021**

En los casos de conmutación de un usufructo universal entre la viuda y los herederos en una sucesión testada sujeta a derecho civil catalán, el Tribunal Supremo ha establecido, en sentencia de 23 de julio de 2020, que la conmutación, además de tributar en el ISD, supone una permuta sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas para la viuda y una consolidación del dominio sujeto al ISD para los herederos.

Ahora bien, la DGT concluye que cuando la conmutación se produce como consecuencia de la previsión testamentaria, tanto en el caso de que el testador haya autorizado expresamente la misma o la haya impuesto y ordenado expresamente, no existen dos negocios jurídicos diferenciados. En consecuencia, al aceptar los herederos la herencia en los términos previstos en el testamento, es decir, aceptando la conmutación autorizada o impuesta por el testador, sus efectos se retrotraen al momento del fallecimiento del causante, adquiriéndose desde este momento los bienes en pleno dominio tanto por el cónyuge viudo como por el resto de los herederos y, por lo tanto, tributando exclusivamente por ISD.

**IP. - La sujeción al IP de personas físicas residentes en el extranjero titulares de sociedades con residencia fiscal en España****DGT. Consulta Vinculante V0241-21, del 11 de febrero de 2021**

Dos personas residentes respectivamente en México y Panamá participan íntegramente en diversas sociedades con residencia fiscal en España. Estas dos personas físicas ejercen funciones de dirección sobre las entidades y perciben por ello una remuneración que representa más del 50% de la totalidad de sus rendimientos. Todas las sociedades tienen su domicilio social y fiscal en España, en concreto, en la Comunidad Autónoma de Madrid. A su vez, las sociedades administran mancomunadamente otras entidades cuyo activo está formado principalmente por bienes inmuebles situados en España.

La DGT considera que los consultantes quedarán sujetos al IP por obligación real puesto que, además, las sociedades tienen su residencia fiscal en España. Al ser residentes en países terceros, no pertenecientes a la Unión Europea o el Espacio Económico Europeo, no les será de aplicación la disposición adicional cuarta de la LIP. Por lo tanto, la normativa aplicable, será exclusivamente la del Estado, no pudiendo aplicar la normativa autonómica de la Comunidad de Madrid.

Su residencia fiscal en el extranjero no será obstáculo para aplicar la exención en el IP sobre participaciones que les aplique el régimen de empresa familiar, si bien, para determinar el cumplimiento del requisito de la remuneración de las funciones directivas, se tendrán en cuenta la totalidad de rendimientos empresariales y del trabajo que aquellas reciben con independencia de si se perciben en España o en el extranjero, debiendo incluirse también otras rentas percibidas por el ejercicio de funciones directivas en otras entidades situadas en el extranjero.

**IP. - Cómo calcular el valor de adquisición de las participaciones recibidas en una escisión total, cuando se incumplió uno de los requisitos para aplicar la reducción en el ISD****DGT. Consulta Vinculante V0193-21, de 8 de febrero de 2021**

En 2007 el consultante recibió mediante donación las acciones de una sociedad a la que se aplicó la reducción en el ISD. En 2009 se llevó a cabo una escisión total de la sociedad con aplicación del régimen de neutralidad fiscal, siendo beneficiarias 6 sociedades de nueva constitución. Sin embargo, las participaciones de 5 de las 6 empresas pasaron a no cumplir los requisitos para aplicar la exención en el IP por el régimen de empresa familiar, sin que el consultante regularizara su situación fiscal. En 2016, el consultante decide transmitir las participaciones sociales de la única sociedad que sí cumple con los requisitos para la exención del IP y pregunta sobre el valor de adquisición de las participaciones que debe tomarse a efectos del IRPF.

La DGT manifiesta que, cuando resulta de aplicación la reducción en el ISD sobre una donación de participaciones en una entidad, se produce un diferimiento en la tributación de la ganancia o pérdida patrimonial que le habría correspondido al donante hasta el momento en que el adquirente donatario transmita las participaciones, diferimiento que está condicionado al cumplimiento de los requisitos para la reducción en el ISD.

Asimismo, precisa que los requisitos para la consolidación de la reducción en el ISD se deben cumplir de forma absoluta, sin que exista la posibilidad de incumplimiento parcial (ni desde un punto de vista temporal, ni desde un punto de vista del importe de la base de la reducción). Por ello, si se incumplen los requisitos, la pérdida de la reducción será total, y no proporcional al número de años en que se ha incumplido ni a la parte de las participaciones que han dejado de estar exentas del Impuesto sobre el Patrimonio.

No obstante, si hubiese prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria, no existirá la posibilidad de regularizar la situación tributaria del donante ni del donatario y, por lo tanto, el donatario se subrogará con plenos efectos en la posición del donante respecto del valor y la fecha de adquisición de las participaciones donadas.

Respecto a la operación de escisión, al resultar aplicable el régimen de neutralidad fiscal, las participaciones recibidas en las nuevas sociedades conservan la fecha de adquisición y el valor que tenían las acciones correspondientes a la sociedad escindida (minorado en su caso por el metálico recibido). La distribución del valor de adquisición de las acciones de la sociedad escindida entre las acciones o participaciones correspondientes a cada una de las sociedades beneficiarias, debe realizarse en proporción al valor de mercado que correspondería a cada una de las ramas patrimoniales en el momento de la escisión.

**IP. - Ostentar el cargo de administrador con carácter gratuito no impide aplicar la exención en IP sobre unas participaciones si, además, ocupa otro cargo laboral remunerado en la entidad**

#### **DGT. Consulta Vinculante V0021-21, de 14 de enero de 2021**

El consultante, titular del 100% de las participaciones en una entidad, ostenta el cargo de administrador de una sociedad en la que se prevé su carácter gratuito según los estatutos sociales. No obstante, el consultante también mantiene una relación laboral con la entidad, por la que percibe una remuneración.

La DGT concluye que la gratuidad del cargo de administrador en los estatutos sociales no supone en sí mismo el incumplimiento del requisito relativo al ejercicio de funciones directivas para aplicar la exención de las participaciones en el IP [como ha manifestado el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de marzo de 2014 (recurso de casación 4203/2010) y sentencia de 18 de enero de 2016 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2319/2015)], siendo lo relevante en este aspecto que efectivamente se realicen las funciones directivas, aunque éstas se desempeñen en el ámbito de un contrato laboral.

**IP. - Se aplica la exención en el IP cuando las funciones de dirección se ejercen por una persona del grupo familiar que no participa en el capital social y cuando se ejercen a media jornada**

**DGT. Consulta Vinculante V0013-21, de 8 de enero de 2021**

La DGT resuelve que las funciones de dirección debidamente remuneradas ejercidas por una persona del grupo de parentesco son suficientes para aplicar la exención de las participaciones en el IP, puesto que la norma no exige que el sujeto que ejerza las funciones de dirección deba ser titular de las participaciones, siempre que pertenezcan éstas al grupo familiar. Con independencia de la duración de la jornada del cargo, el cumplimiento del requisito depende de la efectiva intervención en las decisiones de la empresa, y que la remuneración percibida represente más del 50% de la totalidad de sus rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo.

**IRPF. - No tributa la venta de participaciones sociales integradas en la sociedad de gananciales por parte de uno de los cónyuges al otro**

**DGT. Consulta Vinculante V3496-20, de 2 de diciembre de 2020**

Se plantea un supuesto en el que el consultante y su cónyuge están casados en régimen de gananciales y son propietarios de una mercantil que forma parte del patrimonio ganancial, siendo intención del consultante vender a su cónyuge todas las participaciones sociales de su titularidad, deviniendo ésta en mercantil unipersonal.

Las participaciones forman parte antes y después de la operación del patrimonio de la sociedad de gananciales, no perdiendo en ningún momento su naturaleza ganancial.

La Dirección General de Tributos hace una interpretación integradora de la norma, y además se apoya en lo dispuesto por la Dirección General de Registros y del Notariado en su resolución de 20 de diciembre de 2019, para concluir que, al no perder en ningún momento las participaciones su naturaleza ganancial, la compraventa efectuada no tiene incidencia alguna en la liquidación del IRPF, por lo que las participaciones mantendrán su valor original a efectos de una futura transmisión.

**IP. - No es posible aplicar la exención en el IP sobre participaciones en una sociedad que se dedica al arrendamiento de inmuebles cuando el trabajador que la gestiona está en pluriempleo**

**DGT. Consulta Vinculante V3319-20, de 6 de noviembre de 2020**

La DGT resuelve que sólo se entiende cumplido el requisito de tener una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa cuando el trabajador dedica la jornada completa a la ordenación de la actividad del arrendador. En caso de que el empleado dedique parte de la jornada al ejercicio de una actividad profesional o a la ordenación de la actividad de otro empleador, se incumplirán tales requisitos, originando que la sociedad no realice una actividad económica a los efectos de la exención en el IP.



**IP. - En una comunidad de bienes constituida entre cónyuges (en régimen de gananciales) basta con que solo uno de ellos ejerza la actividad de forma habitual, personal y directa para aplicar la exención en el IP**

**DGT. Consulta Vinculante V3215-20, de 28 de octubre de 2020**

El consultante y su cónyuge, casados en régimen de gananciales, deciden constituir una comunidad de bienes, aportando los inmuebles que poseen conjuntamente y dotándola de los requisitos necesarios para que la actividad de arrendamiento constituya una actividad económica. Se cuestiona si, para la aplicación de la exención en el IP del régimen de la denominada empresa familiar, sería necesario que ambos cónyuges ejerzan la actividad de forma habitual, personal o directa, o si, por el contrario, al tratarse de bienes comunes a ambos miembros del matrimonio, bastaría con uno de ellos.

La DGT resuelve que, si bien en supuestos de ejercicio de la actividad por comunidades de bienes, el disfrute de la exención por el impuesto patrimonial exige que cada comunero, individualmente considerado, ejerza la actividad económica de que se trate “de forma habitual, personal y directa”, en el caso de una comunidad de bienes constituida entre cónyuges en régimen de gananciales por los bienes comunes a ambos cónyuges aplicará la exención en el IP siempre y cuando concurren todos los requisitos, sin perjuicio de que éstos sólo concurren en uno de los cónyuges.

**ISD. - Los efectos jurídicos de la adjudicación de una herencia en un documento privado, y de la posterior escritura pública con distinto reparto de bienes**

**DGT. Consulta Vinculante V3113-20, de 19 de octubre de 2020**

El consultante, junto con otros dos herederos de una herencia abintestada, adjudican mediante un documento privado los bienes por terceras partes. Este documento privado se presenta junto con la liquidación del ISD en el plazo reglamentario. No obstante, en el momento de elevación a escritura pública de la aceptación y adjudicación de la herencia, se manifiesta la voluntad de realizar un reparto distinto.

La DGT resuelve que dependerá de la oficina gestora determinar si en el documento privado se ha llevado a cabo la aceptación y la adjudicación de la herencia. Si es así, la adjudicación posterior pro indiviso supondrá un nuevo negocio jurídico de permuta, puesto que la partición se habrá realizado con anterioridad en el documento privado. Esta operación de permuta, sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPyAJD, supone que cada sujeto tributa por el valor de adquisición del inmueble. En caso contrario, si la oficina liquidadora entendiese que no se ha realizado la partición en el documento privado, la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia quedará sujeta al ISD.

**IP. - La afectación de los inmuebles desocupados temporalmente por razones de mercado a la actividad económica es una cuestión de valoración de la prueba**

**DGT. Consulta Vinculante V3008-20, de 6 de octubre de 2020**

La DGT establece que, para que se entienda que el arrendamiento de inmuebles se realiza como actividad económica, la normativa exige tener como mínimo una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa. Este requisito responde a la necesidad de una infraestructura mínima para poder calificar las rentas derivadas del arrendamiento como rendimientos de actividades económicas. Además, los inmuebles deberán utilizarse exclusivamente para su explotación económica, sin perjuicio de que puedan utilizarse para necesidades privadas siempre que sea de manera accesoria y notoriamente irrelevante.

Finalmente, en cuanto a si los inmuebles desocupados temporalmente por razones de mercado se consideran afectos a la actividad económica, la DGT manifiesta que se trata de una cuestión puramente fáctica, y de valoración de la prueba por el órgano gestor del impuesto, que queda fuera de sus competencias.

**IP. - La aplicación de la exención en el IP y la reducción en el ISD cuando coincide en la misma persona la posición de tutora legal de la titular de los bienes y derechos y el cargo de empleada encargada de la gestión de los arrendamientos**

**DGT. Consulta Vinculante V2966-20, de 1 de octubre de 2020**

La consultante, que venía ejerciendo la actividad económica de arrendamiento de locales y viviendas, ha sido declarada judicialmente incapaz, nombrando a su hija como tutora legal. Por lo tanto, la actividad de arrendamiento de la consultante, incapacitada judicialmente, es ejercida de forma habitual, personal y directa por su representante legal, su hija, que a su vez es la persona empleada con contrato laboral y a jornada completa dedicada a la gestión de los arrendamientos.

La DGT resuelve que, a priori, se puede considerar cumplido el requisito de que el sujeto pasivo ejerza de forma habitual, personal y directa la actividad cuando, estando incapacitado, sea su representante legal quien asuma estas funciones. Sin embargo, al pasar a ejercer la hija de la consultante, en calidad de representante legal, la actividad de forma habitual, personal y directa habría que revisar su relación laboral preexistente, ya que podría haber cambiado al asumir de facto la ordenación y dirección de la actividad de arrendamiento de inmuebles.

**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

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