

**2019**

Marzo

NEWSLETTER

EMPRESA FAMILIAR



**GARRIGUES**

Comentarios - Sentencias - Resoluciones - Consultas

## ÍNDICE

### **1. Comentarios**

- 1.1 Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos en la empresa familiar
- 1.2 El albacea testamentario como cargo de confianza
- 1.3 ¿Es necesaria la tesorería para la empresa familiar?
- 1.4 Estatuto de sociedad familiar: tres cuestiones clave

### **2. Sentencias, resoluciones y consultas**

- 2.1 Mercantil y Civil
- 2.2 Tributario

## 1. Comentarios

### 1.1 Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos en la empresa familiar

José Manuel Herrero

Las peculiaridades de la empresa familiar aconsejan ponderar los sistemas extrajudiciales existentes para la solución de divergencias y controversias que puedan surgir en su seno sobre determinadas materias; en aras a favorecer su pacífica continuidad y a evitar el eventual perjuicio que podría derivarse de que la existencia de conflictos trascienda al mercado.

En la empresa familiar confluyen una serie de relaciones entre familia, propiedad y empresa que le hacen más proclive a que surjan conflictos. La existencia de un componente familiar o afectivo entre los miembros de la empresa familiar hace que suelen ser más frecuentes los conflictos que en una empresa en la que no concurren esos caracteres. Las desavenencias familiares en muchas ocasiones contaminan o son las que realmente subyacen en lo que aparentemente se presentan como problemas de gestión o cuestiones corporativas de la empresa familiar.

A los efectos de prevenir eventuales conflictos es recomendable, como es sabido, que las empresas familiares adecuen los estatutos sociales a sus peculiaridades y que complementen esa regulación con el Protocolo Familiar, que es definido por el RD 171/2007 como “aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”.

Evidentemente, ello dotará a la empresa familiar de una cierta seguridad jurídica. Sin embargo, es también conveniente plantearse y, en su caso, articular posibles mecanismos, distintos de la jurisdicción ordinaria, en orden a solventar las diferencias que pudieran producirse en su seno. Y en este ámbito se sitúan la mediación y el arbitraje.

#### Mediación

Como señala la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la mediación es un instrumento tendente a lograr una solución pactada entre las partes en aquellas materias de su libre disposición y evitar así un conflicto contencioso (ya sea en arbitraje o en jurisdicción ordinaria). Característica esencial de la mediación es que son las propias partes quienes pueden llegar a solventar sus diferencias con la asistencia del mediador; y en eso precisamente radica una de sus principales virtudes. En los arbitrajes y litigios judiciales es un tercero (juez o árbitro) quien resuelve y, por tanto, puede decirse que habrá un vencedor y un vencido y normalmente la solución estará prefijada en la ley; en cambio, en la mediación, al radicar la solución de las desavenencias en la voluntad de las propias partes en conflicto, se abren innumerables soluciones que no ofrece la ley, y puede decirse que no hay perdedores o que todos son ganadores; lo que sin duda contribuye muy positivamente a la estabilidad y continuidad futura de la empresa familiar.

La mediación no sólo puede ser adecuada para lograr una solución extrajudicial de un conflicto ya existente, sino que incluso puede acudir a ella para intentar encontrar el consenso en orden a la suscripción del protocolo familiar por aquellas empresas que carezcan del mismo y/o la configuración de su incumplimiento como causa de exclusión en los estatutos sociales (Vid. resolución de la DGRN de 26 de junio de 2018).

Conviene aclarar que no puede ser mediador cualquier persona, pues la Ley 5/2012 exige “estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación”. Es posible que las partes se encomienden a un mediador concreto o a una institución de mediación, que será quien designe al mediador. En este sentido, la mayoría de las Cámaras Oficiales de Comercio de España disponen ya de un centro de mediación.

En cuanto a la labor del mediador, la Ley 5/2012 dispone que “facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes”; y que “desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes” con respeto de los principios de voluntariedad, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores y neutralidad.

La mediación se inicia mediante solicitud ante la institución de mediación o ante el mediador propuesto o ya designado por las partes. En este punto hay que destacar el doble efecto procesal que conlleva la solicitud realizada en debida forma. Por un lado, desde la recepción de la solicitud por el mediador o la institución de mediación se suspenden los plazos de prescripción o de caducidad de las acciones, en los términos establecidos en la Ley 5/2012; y por otro lado, durante la mediación las partes no podrán ejercitar frente a las otras ninguna acción judicial o extrajudicial (arbitraje) en relación con su objeto (excepción hecha de las medidas cautelares imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos).

Naturalmente la mediación puede concluir con acuerdo o sin acuerdo entre las partes. Y es que, como dice la Ley 5/2012, “nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”. La única obligación de las partes cuando en un pacto escrito asumen el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir es la de “intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial”.

En caso de que la mediación concluya con acuerdo entre las partes, ya sea sobre la totalidad o una parte de las materias sometidas a mediación, aquél tendrá carácter vinculante e incluso, si es elevado a escritura pública, tendrá el carácter de título ejecutivo con lo que ello conlleva.

### Arbitraje

Por otra parte, el otro de los medios alternativos para la resolución de conflictos que apuntábamos es el arbitraje. Diversas son las ventajas que presenta este medio de resolución de conflictos frente a la jurisdicción ordinaria. Sin ánimo exhaustivo podemos señalar: la confidencialidad (circunstancia que también concurre en la mediación), de gran importancia para las empresas familiares al ser éstas susceptibles de sufrir mayores perjuicios derivados de la publicidad de una situación de conflicto interno; su rapidez, frente a la lentitud de la jurisdicción ordinaria y la posibilidad de interponer sucesivos recursos el arbitraje ofrece una pronta y definitiva solución; y la especialidad y dedicación que los árbitros pueden ofrecer para la resolución de cuestiones complejas o que trascienden de lo puramente jurídico.

Hay que hacer hincapié en la conveniencia y hasta necesidad de que exista una perfecta identidad entre los convenios arbitrales que se estipulen en los diversos instrumentos regulatorios de la empresa familiar (estatutos, protocolo familiar, etc.). El solapamiento de las materias reguladas y/o la aplicación simultánea de ellos a una determinada controversia hace imprescindible, so pena de hacer inviable el arbitraje, que exista una perfecta coordinación entre los convenios arbitrales de dichos instrumentos. En este sentido, si bien el artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje dispone en su apartado 1 que “las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen”, el apartado 3 limita esa posibilidad cuando se trata de impugnación de acuerdos sociales al exigir que el sometimiento se haga a una institución arbitral que administre el arbitraje.



En suma, la mediación y el arbitraje son instrumentos al alcance de la empresa familiar para la resolución extrajudicial de las controversias que surjan en su seno. Y es altamente recomendable que, a la hora de implantar estos sistemas de resolución de conflictos, las empresas familiares reciban asesoramiento adecuado a los efectos de decidir qué materias pueden ser o conviene que sean objeto de mediación y/o arbitraje, la elección de la institución de mediación o la corte arbitral más apropiada, la armonía entre los convenios arbitrales que se pacten en los estatutos sociales y los pactos parasociales (protocolo familiar) a fin de que no devengan inoperantes.

## 1.2 El albacea testamentario como cargo de confianza

Arantxa Tobaruela

El albacea testamentario es un cargo de confianza y una figura voluntaria en nuestro derecho que puede ser relevante para garantizar el cumplimiento de nuestra voluntad y tratar de minimizar conflictos entre los sucesores. No obstante, es esencial plantearse algunas cuestiones prácticas como las que apuntaremos a continuación, si queremos recoger dicha figura en nuestro testamento.

El ejercicio de afrontar la regulación ordenada de la sucesión mediante el otorgamiento de un buen testamento o documento sucesorio equivalente no es fácil en la práctica, siendo, en general, una cuestión a la que pocos se enfrentan con gusto.

Pero en el marco de la responsabilidad de un buen empresario, dedicarle el tiempo necesario a hacer una reflexión bien asesorada, es un ejercicio necesario (ver artículo [Las 10 preguntas básicas que me he de hacer para elaborar un buen testamento](#)). Una vez iniciado el ejercicio de reflexión y clarificada la voluntad, debemos valorar si consideramos necesario o conveniente nombrar a uno o varios albaceas para asegurar el cumplimiento de dicha voluntad.

El albacea, es un cargo de confianza y no obligatorio en nuestro derecho, a diferencia de la mayoría de los derechos anglosajones en los que la figura similar del *executor* es fundamental y obligatoria para la efectiva ejecución de la voluntad testamentaria, y la gestión del propio patrimonio hereditario.

En nuestro ordenamiento jurídico, en principio, es el heredero o herederos quienes deben ejecutar la voluntad testamentaria y gestionar el patrimonio hereditario, si bien, con carácter general, el testador puede nombrar además a uno o varios albaceas.

Es relevante señalar que la regulación del albacea que se recoge en el Código Civil y en las distintas legislaciones forales es muy diversa y, sin perjuicio de que la base de la figura y el característico rasgo de ser un cargo de confianza, es algo compartido en las legislaciones forales y el derecho común, hay diferencias muy relevantes en la normativa.

Por ello, a continuación hacemos algunas consideraciones prácticas, sin olvidar la absoluta necesidad de identificar el marco normativo aplicable y analizar las particularidades que se recogen para esta figura en los distintos ordenamientos forales y en el derecho común.

(i) ¿Cuándo puede ser recomendable incluir un albacea testamentario?

En general, dado que el albacea es un garante y executor de la voluntad testamentaria, cuanto más complejo sea nuestro patrimonio y la mencionada voluntad testamentaria, más sentido tendrá incorporar esta figura. Es también recomendable en situaciones en las que puedan haber varios herederos, legatarios u otros beneficiarios de la herencia, que puedan entrar en conflicto en cuanto a la interpretación y ejecución de la voluntad testamentaria. También, en el marco de herederos



menores de edad o incapacitados, puede ser una figura de apoyo y, puede ser clave, asimismo, en aquellos testamentos en los que se recoja la creación de una fundación o disposiciones en favor de entidades sin ánimo de lucro.

Cabe valorar también, nombrar albaceas indicando no obstante que únicamente deberán ejercer dicho cargo en caso de que los herederos o los herederos y legatarios mayores de edad no alcancen un acuerdo en relación con la ejecución de la voluntad testamentaria, dejando así la figura como un mecanismo subsidiario que permita a un tercero ejecutar la voluntad si hay conflicto entre los beneficiarios de la misma.

(ii) ¿Nombramos a un albacea o a varios?

En general, cabe nombrar a un único albacea o a varios que puedan actuar mancomunada o solidariamente, o incluso nombrar albaceas sucesivos, todo ello en función del perfil de la persona. Normalmente si nombramos a un profesional de confianza, bastará con nombrar a una única persona, teniendo la cautela de nombrar sustitutos para el caso de que no acepten el cargo o que, por cualquier causa, tengan que dejar de ejercerlo.

En caso de que nombremos a personas de nuestro entorno familiar o de amistad, se puede entrar a valorar el nombrar a dos o más que actúen con carácter mancomunado (esto es, que deban tomar las decisiones conjuntamente) para tratar de asegurar una actuación lo más diligente posible, e incluso expresar la voluntad de que puedan delegar parte de sus funciones en los profesionales que consideren conveniente.

(iii) ¿Cómo retribuimos al albacea?

Como hemos indicado, el albacea es un cargo de confianza, si bien con una misión muy relevante como es la de garantizar y ejecutar la voluntad del testador. La cuestión de la retribución del cargo es una cuestión que los distintos ordenamientos de nuestro territorio tratan de forma muy dispar; desde el derecho común, que establece en el artículo 908 el carácter gratuito del mismo y deja al testador la opción de retribuirle, al derecho foral catalán que, en su artículo 429-5, establece que, salvo que el albacea disponga otra cosa o señale el cargo como gratuito, el albacea universal tendrá derecho a un 5% del valor del activo hereditario líquido y el particular, contador partidor, el 2% de este valor o de los bienes objeto de partición, pasando por Navarra, que indica que cuando el causante no haya dispuesto otra cosa se estará a la costumbre del lugar o, en su defecto, a lo que fuere equitativo.

En la práctica, normalmente, si el cargo de albacea recae en un familiar o persona del círculo de amistades del testador suele darse más relevancia al aspecto de confianza del cargo y, como tal, no se le retribuye. En cambio, si se opta por un perfil profesional, el cargo suele ser retribuido, en base a los honorarios profesionales y en función de la efectiva dedicación.

En cualquier caso, determinar expresamente en el testamento la gratuidad del cargo o fijar la retribución del mismo es una cuestión sustancial, siendo un error que se comete en muchas ocasiones no abordar esta cuestión, desconociendo lo que al respecto establece la ley aplicable como norma supletoria a la voluntad testamentaria.

Sea gratuito o retribuido el cargo, en cualquier caso deberíamos salvar que el albacea pueda recuperar los gastos justificados en los que incurra en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, en caso de que el cargo sea retribuido, es indispensable analizar la fiscalidad ligada a dicha retribución, análisis en el que será relevante la cuantía de la misma para determinar la naturaleza de su fiscalidad.



(iv) ¿Puede ser albacea un beneficiario de la herencia?

Con carácter general, nuestro ordenamiento jurídico permite que el cargo de albacea sea ocupado por personas beneficiarias de la herencia, ya sean herederos, legatarios u otros, si bien en algunos derechos forales la figura del albacea contador-partidor tiene como requisito el no ser beneficiario de la herencia. En cualquier caso, que el albacea o contador-partidor, sea un beneficiario de la herencia no suele ser el esquema habitual con el que nos encontramos en la empresa familiar, ni el recomendado. En general, el testador suele decantarse por un perfil profesional y ajeno a la familia que pueda intervenir y mediar en caso de conflicto en la herencia, además de realizar todos los trámites para la ejecución testamentaria.

(v) ¿Debo comunicar al albacea que lo he nombrado en mi testamento?

El cargo de albacea es voluntario tanto para el testador como para el nombrado, que una vez conozca de su nombramiento podrá aceptarlo o renunciarlo. No obstante, como cualquier cargo de confianza entendemos que es recomendable que el testador antes de designarlo en su testamento se lo comunique y tenga cierta seguridad en que está interesado en ejercer dicha función. No es necesario compartir la voluntad testamentaria con él, si bien, si se trata de un profesional que además colabora en la propia elaboración del testamento, o algún miembro cercano que conoce dicha voluntad, tendrá una mayor facilidad para cumplir su función dado el conocimiento que tendrá sobre la verdadera intención del testador.

(vi) ¿Qué funciones tiene el albacea?

El derecho común y las legislaciones forales establecen distintas funciones del albacea, dejando no obstante libertad al testador para fijar las mismas. Con carácter general, se suelen atribuir al albacea, la facultad de interpretar la voluntad sucesoria, procurar el cumplimiento de todas las disposiciones contempladas en el testamento, cumplir con los legados, las cargas o condiciones, realizar inventario, avalúo, partición y adjudicación de los bienes hereditarios. Es importante también señalar que, a falta de indicación de un plazo concreto para que el albacea cumpla con las funciones encomendadas, la ley supletoria aplicable puede marcar un plazo máximo, por lo que es de nuevo relevante, analizar la norma aplicable, y abordar esta cuestión de forma específica en el testamento, en función de las actuaciones concretas que, en su caso se hayan encomendado al albacea.

Como conclusión, la figura del albacea testamentario, en sus distintas variantes, en el marco de la empresa familiar, puede ser de gran utilidad para tratar de minimizar conflictos sucesorios. Para ello, es necesario analizar el marco normativo concreto aplicable y siendo recomendable regular, en la medida de lo posible, el ámbito de actuación, el plazo y forma y la retribución del cargo, en su caso, sin olvidar que, por la propia naturaleza del cargo, el requisito indispensable será que la persona o personas nombradas cuenten con la absoluta confianza del testador, ya que serán quienes, deberán velar por el cumplimiento de su voluntad.

### 1.3 ¿Es necesaria la tesorería para la empresa familiar?

Jesús Andújar Larios / Silvia Caamaño Sánchez

**La discusión con la Administración Tributaria sobre la afectación a la actividad económica del efectivo y los activos líquidos de las empresas familiares constituye una cuestión esencialmente probatoria.**

Durante los últimos años las distintas Administraciones tributarias autonómicas han aumentado considerablemente las inspecciones en relación con la aplicación de la exención prevista en el Impuesto sobre el Patrimonio para las participaciones en empresas familiares y la consiguiente



aplicación de la bonificación en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para su transmisión *mortis causa* o mediante donaciones u otros negocios de transmisión *inter vivos*. El punto de mira se está centrando, fundamentalmente, en la determinación de aquellos activos que se consideran afectos a la actividad de estas empresas a la hora de cuantificar el derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio (de la que depende, entre otros requisitos, la bonificación en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones), resultando especialmente recurrente, en particular, la discusión sobre las inversiones financieras y la tesorería.

Si bien es cierto que no se pueden amparar bajo el paraguas de una empresa familiar bienes que forman parte del patrimonio puramente personal del empresario, entendemos que, cuando como consecuencia de los beneficios que ha venido obteniendo una sociedad en el ejercicio de su actividad económica se ha generado un excedente de tesorería, no se debería penalizar a priori la tenencia de esa tesorería impidiendo la aplicación de la exención y la bonificación de la empresa familiar en su integridad.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio no define el concepto de necesidad, ni establece cuándo se puede entender que los bienes y derechos son necesarios para el desarrollo de la actividad. La norma reglamentaria que desarrolla los requisitos de la exención de referencia (Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre) considera que los bienes y derechos afectos a una actividad económica son aquellos que se utilicen para sus fines, de acuerdo con lo establecido en la Ley del IRPF, que, tras establecer algunos supuestos concretos de activos afectos, señala que lo serán cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos.

Esta indefinición ha provocado discusiones doctrinales para elaborar una definición que se aproxime al significado de activo necesario. Aunque un sector de la doctrina interpreta el concepto de necesidad como aquello que resulta imprescindible y esencial para la propia actividad, una gran parte se decanta por considerar que esta necesidad se ha de interpretar como aquello que sea adecuado y conveniente para obtener los rendimientos perseguidos por la actividad, respetando siempre la libertad de organización y el margen subjetivo de decisión del empresario o profesional.

La Dirección General de Tributos, en numerosas consultas vinculantes, viene a señalar que la valoración de si un determinado activo está o no afecto a la actividad empresarial que corresponde a los Servicios de Comprobación e Inspección de la Administración Tributaria, que podrán tomar en consideración, si así lo estiman oportuno, la proporcionalidad, el volumen o la permanencia de los activos de que se trate en función del total activo de la entidad y del tipo de actividad a que esta se dedique, entre otros parámetros económicos o financieros de la entidad que consideren oportunos para la formación de su criterio.

Respecto a la tesorería propiamente dicha, el Tribunal Económico Administrativo Central se pronunció sobre esta materia en una resolución de 12 de marzo de 2015, en la que consideró que no se puede concluir que todas las cuentas corrientes bancarias hayan de quedar excluidas del concepto de “elementos patrimoniales afectos a una actividad económica”. Se debe valorar en cada supuesto concreto si se trata de elementos realmente “necesarios” para el ejercicio de la actividad, es decir, si el saldo y los movimientos de las cuentas corrientes derivan de las vicisitudes propias del ejercicio periódico de la actividad económica y si sirven para sus fines.

De esta forma, el tribunal abre la puerta a la valoración de la prueba para determinar si nos hallamos ante una tesorería necesaria para llevar a cabo la actividad o si, por el contrario, se trata de tesorería ociosa y, por tanto, se debe excluir a efectos del cálculo del beneficio fiscal.

En este contexto, la cuestión que se plantea es la siguiente: ¿cómo puede acreditar el empresario que el efectivo y los activos líquidos de su balance son necesarios para el ejercicio de su actividad?



Un determinado saldo de tesorería y, en su caso, un posible exceso puntual puede traer causa de la estructura y naturaleza de los distintos negocios, de las necesidades de inversión en capital fijo y circulante, de los periodos medios de pago y cobro a proveedores y clientes, de la capacidad de acceso a los mercados financieros; del sector económico al que pertenece la empresa, de la importancia de mostrar una imagen de solvencia en mercados competitivos que permita acceder a determinados proveedores, de la existencia de descuentos, etc.

En nuestra experiencia, estamos observando que las distintas Administraciones autonómicas están poniendo en duda que determinados saldos de tesorería, al menos parcialmente, sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, sobre la base de que no está suficientemente acreditada la afectación de esa tesorería a la actividad, que exigen que sea real y efectiva, sin que la mera disponibilidad o susceptibilidad de uso sea suficiente. En este sentido, algunas Administraciones están utilizando determinados ratios financieros de liquidez, tesorería y disponibilidad para discriminar aquella tesorería que no estaría afecta a la actividad.

En esta situación, entendemos que para defender la necesidad de esta tesorería será necesario analizar, en primer lugar, toda la información interna de la que pueda disponer la empresa, tal como la información económico-contable sobre las distintas magnitudes financieras y de negocio que expliquen un determinado nivel de tesorería, los compromisos contractuales, las exigencias de proveedores y de entidades financieras de mantener niveles mínimos de solvencia, etc.

En esta tarea, puede ser relevante para demostrar la necesidad futura de los saldos de tesorería actuales contar con planes de inversión aprobados por los órganos de gobierno o dirección correspondientes en los que se contemplen futuras necesidades para afrontar nuevas inversiones, así como toda aquella documentación que acredite la existencia de riesgos o incertidumbres que puedan provocar la salida futura de recursos económicos.

En aquellos casos en los que exista, puede ayudar también en la defensa de la afectación la concurrencia de una determinada política de dividendos que acredite que la tesorería disponible para el accionista y no necesaria, por tanto, para el negocio, está siendo ya repartida.

Además, cuando las circunstancias e importancia económica del asunto así lo aconsejen, puede ser importante la aportación de una prueba pericial de terceros que acredite la necesidad de disponer de un determinado nivel de tesorería, enmarcándolo en el entorno económico, en el sector de actividad y en las circunstancias de la propia empresa.

En definitiva, estando, como se puede deducir con facilidad, ante una cuestión eminentemente casuística y, por tanto, muy vinculada a la prueba, es más que previsible que ante una eventual comprobación o inspección tributaria, se deban recopilar y aportar todos aquellos medios de prueba que permitan acreditar que la totalidad o parte del efectivo y de los activos líquidos que refleja el balance de la compañía son necesarios para la actividad, pues en el caso de que la eventual discusión con la Administración llegue a sede judicial, la valoración de la prueba será esencial a estos efectos. En este contexto, es de desear que tanto las Administraciones correspondientes como, en su caso, los tribunales de justicia, sepan valorar adecuadamente los esfuerzos probatorios en que incurran los obligados tributarios en la defensa de sus posiciones.

## 1.4 Estatuto de sociedad familiar: tres cuestiones clave

José María Muñoz Paredes

La transmisión de participaciones, la política de dividendos o la posibilidad de acudir al arbitraje en caso de conflicto son aspectos esenciales a tener en cuenta a la hora de elaborar los estatutos de una sociedad familiar.



Es llamativo el poco valor que se da por lo general en España a los estatutos sociales al fundar una sociedad. Cualquier otro contrato merece mucha más atención: se encomienda su redacción o revisión a un abogado, y es objeto de lecturas y discusiones más o menos intensas, según su importancia.

Los estatutos, sin embargo, forman parte de esos documentos que, en muchos casos, no se leen pese a que, salvo contadas excepciones, tienen una *vida útil* muy superior a la de cualquier otro contrato, pues son, probablemente, el único que suscribimos con vocación de durar indefinidamente, o al menos eso es lo que se manifiesta en la escritura fundacional. Parece que el hecho de firmarlos ante notario diera ya garantía de su corrección, como si la fe pública tuviera la capacidad también de adaptarlos a nuestras necesidades.

Los estatutos sociales son, en efecto y sin duda, uno de los contratos en los que con mayor frecuencia se acude a un formulario, como si hubiera dos sociedades iguales, hasta el punto de que el propio Ministerio de Justicia aprobó un modelo para la constitución de las llamadas sociedades *exprés*.

Es claro que para fundar una sociedad unipersonal o para crear una filial dentro de un grupo podríamos acudir a un modelo poco elaborado, adaptándolo en dos o tres puntos básicos. En los demás casos, cuando hay presencia de varios socios, sea cual sea su vinculación, merece la pena dedicar un tiempo a la elaboración de los estatutos, para que se adapten a esa sociedad. Y si no se hizo en el momento de la constitución, estamos a tiempo de corregirlo, siempre que no hayan aparecido ya problemas. Y es que las carencias de la regulación social afloran siempre: puede ser antes o después, en mayor o menor intensidad, pero afloran, porque no hay sociedad auténtica (es decir, con varios socios), que en uno u otro momento de su vida no padezca conflictos internos. Tal afirmación, cuando hablamos de sociedades familiares, adquiere un mayor grado de certidumbre.

No es mi propósito exponer aquí cómo deberían ser los estatutos de una sociedad familiar, pues con ello caería además en el error que denuncio: considerar que todas las sociedades familiares son iguales. Voy a limitarle a valorar tres puntos que no suelen estar adecuadamente resueltos en muchas sociedades familiares y que, más tarde o más temprano, generan conflictos.

## 1. Transmisión de participaciones

Uno de los puntos comunes en los estatutos de sociedades limitadas es remitir el régimen de transmisión de participaciones sociales a lo previsto en la ley. Suele ser una remisión en bloque, que abarca tanto a las transmisiones *inter vivos* voluntarias como las forzosas, y también las *mortis causa*.

El inconveniente que tiene esa remisión estriba en que el régimen legal deja mucho que desear, en especial en el caso más frecuente, que es el de transmisiones voluntarias por actos *inter vivos*. El artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital contempla un trámite complejo, que exige, por ejemplo, previa oferta de tercero, acuerdo de la junta general o comunicaciones por vía notarial. Pero, al margen de otras carencias, su mayor defecto estriba en el sistema de determinación del precio, que se puede prestar a abusos no fácilmente combatibles.

La ley establece, en efecto, ante la intención de un socio de vender a un tercero, un derecho de tanteo del resto de los socios o de la sociedad y, en cuanto a sus condiciones, señala que “el precio de las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación, serán las convenidas y comunicadas a la sociedad por el socio transmitente”. En suma, es un tanteo puro, en los mismos términos ofertados por el interesado en adquirir, lo cual parece justo, pero como decía puede generar abusos a través de ofertas infladas por terceros que se prestan a ello, poniendo en riesgo la propia continuidad de la sociedad.



El interés individual de los socios (maximizar el valor de su participación), especialmente en una sociedad familiar, no puede ser el único a tomar en cuenta en el momento de su salida. Por eso resulta a mi juicio mucho más conveniente pactar un régimen similar al previsto en el mismo artículo para las transmisiones onerosas a título distinto de compraventa o a título gratuito, en las que “el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Se entenderá por valor razonable el que determine un experto independiente, distinto al auditor de la sociedad”. En esa línea van también los estatutos de muchas sociedades anónimas cerradas.

No obstante, el complemento indispensable para que cualquier cláusula de transmisión de participaciones dé el resultado esperado, es acordar previamente el precio o el método para calcularlo y por quién. El que en los estatutos se establezca que el precio será el acordado por las partes, no quiere decir que haya de serlo en ese momento, sino que puede haberlo sido previamente, en un pacto *ad hoc* o en uno más amplio, como puede ser un protocolo. Y eso suele ser lo más beneficioso para todos, aunque al tiempo de pactarlo no sepan si van a ser compradores o vendedores.

La conveniencia del pacto no sería tanta si resultase sencillo determinar el valor razonable de unas acciones o participaciones. Los tres métodos de cálculo que se indican en la Norma Técnica del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, que regula esos informes cuando los emiten auditores de cuentas, ni son los únicos, ni se pueden aplicar por igual, ni dan siempre resultados compartibles, además de no tener en cuenta otras variables, como puede ser el carácter minoritario o no de un paquete de participaciones.

Por ello, establecer el cómo es relevante, aunque también lo es el quién: un auditor de cuentas designado por el Registro Mercantil del domicilio al azar es probable que no sea la persona más adecuada para fijar el precio a ojos de los interesados en vender o en comprar. Todo eso puede solventarse en un pacto sobre el valor de las participaciones en caso de transmisión. Con ello no siempre se evitan las sorpresas, pero sí se reducen los conflictos.

## 2. Política de dividendos

La política de retribución a los socios apenas aparece en los estatutos de sociedades de la clase que sea, pero ello no significa que no se le haya prestado atención, pues en ella radica muchas veces el mantenimiento de la *paz social*. Su ausencia responde más a una mezcla de falta de costumbre - nunca ha sido habitual su inclusión estatutaria- y de temor al compromiso. Esto tiene ahora que cambiar.

La irrupción del artículo 348bis obligó ya a tomar en consideración en muchas sociedades familiares una política de dividendos, aunque su rigidez impedía adaptarlo a las necesidades de cada caso. Bajo su texto original, las sociedades se veían obligadas a repartir un dividendo mínimo que, dejando ya de lado las dudas interpretativas que generaba, se elevaba a la tercera parte de los beneficios propios de la explotación que fueran legalmente repartibles. Y si no lo hacían, pese a la solicitud de algunos socios, les abrían la puerta de salida al operar el derecho de separación -de nuevo por el valor razonable- con lo que eso podía suponer.

La nueva redacción de ese artículo a través de la Ley 11/2008, de 28 de diciembre, en vigor ya para las juntas ordinarias de 2019, mejora la anterior siendo su principal activo la admisión del pacto estatutario en contra. Es decir, solamente se aplica si los estatutos sociales no disponen otra cosa. Y esto es lo que obliga a reaccionar, porque esa modificación, de resultar conveniente, debe hacerse por unanimidad (salvo que se otorgue a su vez a los disidentes el derecho a separarse de la sociedad) y, por tanto, antes de que surjan diferencias entre los socios que llevarían ineludiblemente a aplicar el régimen legal recientemente aprobado.



Los pactos posibles son tantos como quepa imaginar: desde el más radical de eliminar ese derecho de separación, hasta variar el porcentaje de dividendo mínimo o fijar unas condiciones adicionales (mínimo de fondos propios, de tesorería, etc.) que doten de mayor tranquilidad financiera a la empresa. También se pueden computar otras percepciones que la ley no toma en cuenta, como las reducciones con devolución de aportaciones, pese a que normalmente sirven para retribuir a los socios.

Sea como fuere, es importante valorar si conviene someterse sin más al régimen legal, o modificar los estatutos sociales estableciendo otro pacto y todo ello aunque no haya en este momento socios minoritarios o disidentes.

### 3. Arbitraje

Como es sabido, aunque a veces haga falta recordarlo, el arbitraje ha sido históricamente el modo habitual de resolver los litigios societarios, tanto que bajo nuestro primer Código de Comercio, la inclusión de una cláusula arbitral en los estatutos era obligada. Cuando, años después, el arbitraje dejó de ser forzoso, siguió no obstante manteniendo su difusión, y en la segunda mitad del siglo pasado era regla general encontrar esa cláusula como colofón de los estatutos de sociedades mercantiles familiares o cerradas.

Ciertas vicisitudes -en particular la posición doctrinal contraria a la posibilidad de someter a arbitraje los procesos de impugnación de acuerdos sociales, que pronto hizo suya el Tribunal Supremo y que estuvo vigente hasta 1998- hicieron que la cláusula arbitral perdiera terreno y que en los últimos años sea, al menos en mi experiencia, una opción minoritaria, pese al reconocimiento legal del que goza desde 2011, fecha en la que se incluyó en la Ley de Arbitraje una referencia expresa a la posibilidad de someter a arbitraje cualquier conflicto societario, facilitando además la introducción de la cláusula arbitral por mayoría de dos tercios de los votos, frente a la unanimidad que hasta entonces exigía la mejor doctrina.

Sean cuales fueran las razones de ese ocaso, lo cierto es que las ventajas que hicieron que ese medio (hoy) alternativo de resolución de conflictos fuera el preferido para solventar los societarios, siguen plenamente vigentes, y cobran especial virtualidad en el ámbito de la empresa familiar. Dos de ellas son especialmente valiosas desde mi punto de vista.

La primera y más relevante es el tiempo. Todo conflicto habría de solventarse lo antes posible y esa exigencia es aún mayor en los dos ámbitos que aquí confluyen: el empresarial y el familiar. Quizá en otros se puedan admitir mayores demoras, pero no en estos. Por desgracia y pese a la mejora de los últimos años, la duración de los procedimientos judiciales en España no es tan breve como sería deseable, y ello es especialmente notable, con honrosas excepciones, en los juzgados a los que les corresponden los litigios societarios, los de lo mercantil, muchos de ellos saturados por los procedimientos concursales que todavía colea. Frente a los dos años (uno en los mejores casos), que puede durar la primera instancia en sede judicial, es poco habitual que un arbitraje se prolongue mucho más allá de seis meses, resolviendo además de forma definitiva, esto es, sin posibilidad de recurso, lo que ahorra también meses.

La segunda es la confidencialidad, que es norma común a tantas sociedades familiares, y que Savary incluía ya como característica esencial de un empresario en su *Parfait Négociant* (1675). La difusión, el *strepitus fori*, sigue siendo hoy punto común de los procesos judiciales, especialmente atractivos si afectan a una familia empresarial conocida: las diferencias se airean rápidamente. El arbitraje mantiene, sin embargo, su carácter reservado, como prueba el hecho de que salvo cuando las partes lo difunden, apenas generan noticias, y sus resoluciones no son objeto de publicación alguna. Lo normal es que pase totalmente desapercibido, incluso dentro de la propia sociedad.



Ahora bien, si se incluye esa previsión en los estatutos, no puede hacerse sin más, recurriendo de nuevo a una cláusula-tipo. Es imperativo disponer que el arbitraje sea de derecho y dedicar cierto tiempo a pensar cuáles serían las condiciones que habría de reunir el árbitro (formación, experiencia...) y el modo de designación, pues si se ha de acudir al auxilio judicial los plazos se alargan. También es recomendable informarse sobre las distintas instituciones arbitrales a las que se podría encomendar su administración, pues no todas son iguales.

Frente a esto, la principal desventaja que suele atribuirse al arbitraje es el coste excesivo, pero ese mayor coste que efectivamente supone abonar los honorarios del árbitro y, en su caso, de la institución que lo administre, se compensan por no haber instancias posteriores, y no suelen ser elevados cuando hablamos de procedimientos sin cuantía, como suelen ser los societarios. Existe además la posibilidad de conseguir una estimación del coste que pueden suponer estos procedimientos consultando los simuladores que ofrecen las cortes de arbitraje.

Si al terminar de leer este artículo tiene que ir a comprobar si los estatutos de su sociedad tienen o no esos pactos, no se quede ahí. Léaselos enteros y pregúntese, concluida la lectura, si esos estatutos recogen efectivamente lo que precisa su empresa.

## 2. Sentencias, resoluciones y consultas

### 2.1 Mercantil y Civil

**El “abuso de la formalidad” no es fórmula para que la sociedad se desvincule de las obligaciones personales asumidas**

**Sentencia del Tribunal Supremo, número 646/2018, de 20 de noviembre de 2018.**

Una sentencia del Tribunal Supremo estima una demanda interpuesta por el que fue el gerente en el seno de una empresa familiar en la que reclamaba la indemnización por cese en el referido cargo, aprobada por unanimidad de todos los socios en junta general de carácter universal. Concorre en este caso que el mencionado gerente ostentaba, al mismo tiempo, la condición de administrador de la mercantil.

Para no proceder al pago de la indemnización reclamada, la sociedad argumentaba (i) la no existencia de relación laboral especial, ya que las funciones gerenciales estaban incluidas en las funciones que el demandante desarrollaba como administrador único de la sociedad (teoría del vínculo), y (ii) la falta de previsión estatutaria de dicha modalidad retributiva (i.e. indemnización por cese) para los administradores, puesto que para estos solo estaba prevista en los estatutos una retribución fija anual a determinar por la junta general. Los estatutos sociales sí que preveían la fijación por la junta general de la retribución de la remuneración del administrador que desempeñase funciones gerenciales.

El Tribunal Supremo estima la demanda del gerente apelando a que han de rechazarse los argumentos de la sociedad basados en lo que ha venido en denominar “abuso de la formalidad”, esto es, cuando la negativa de la sociedad a abonar la retribución acordada en la junta general, por carecer de sustento estatutario, se muestra alejada de la finalidad de tutela de las normas reguladoras de la retribución del administrador y se revela como una fórmula para desvincularse de forma anómala de las obligaciones personalmente asumidas como válidas. En otras palabras, la sociedad no puede negarse a abonar la indemnización por cese acordada en la junta general -y por tanto, desvincularse de las obligaciones personalmente asumidas para con el gerente-, sobre la base de la inexistencia de previsión estatutaria al respecto.

## Los incrementos patrimoniales procedentes de la empresa familiar como medida para fijar la pensión compensatoria

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 14/2019, de 15 de enero de 2019.

En el ámbito de derecho civil foral de Cataluña, resulta interesante una resolución dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona que resuelve el recurso interpuesto contra una sentencia en la que se acordó la extinción de una pareja estable con adopción de determinadas medidas, entre ellas, la compensación económica por razón de trabajo ex artículo 234-9 del código civil catalán.

El excónyuge recurrente considera que no procede dicha pensión, siendo uno de los motivos principales que su incremento patrimonial, constante la relación, por el aumento de valor de sus participaciones en varias empresas familiares, fue debido, exclusivamente, al mero paso del tiempo y a las oscilaciones de mercado.

Según doctrina jurisprudencial unánime del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña, desde su sentencia nº 49 de 27 de junio de 2016, al interpretar las reglas del 232-6 del código civil catalán, no cabe computar como aumento patrimonial las plusvalías de aquellos bienes que sean debidas al “simple transcurso del tiempo, a las oscilaciones del mercado o a cualesquiera otras circunstancias ajenas a su administración, conservación, reparación renovación, reforma o ampliación”.

Con todo, la audiencia rechaza este argumento y acaba desestimando el recurso de apelación por entender que el valor de las participaciones en una sociedad forzosamente se verá incrementado gracias a la labor de gestión, dedicación y actividad empresarial invertida en ella, desde que se constituyó la compañía y hasta el momento de su valoración. Es decir, considera, en conclusión, que su mayor valor lo será siempre en función del trabajo aplicado a las mismas.

## El *animus* que lleva a la socia mayoritaria a aportar un inmueble en una ampliación de capital no es trascendente si la sociedad sale beneficiada de la operación

Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 776/2018, de 16 de noviembre de 2018.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona analiza un nuevo caso de conflicto en el seno de la empresa familiar. En el supuesto enjuiciado, la socia minoritaria de una sociedad dedicada a la gestión de los inmuebles que integraban el patrimonio de la familia (titular del 2,75% del capital), demanda a la sociedad por entender, entre otras cuestiones, que (i) su tía abuela, socia mayoritaria de la empresa, no tendría que haber votado en el acuerdo de ampliación de capital por concurrir conflicto de interés (como aportación en el aumento, la tía abuela transfirió a la sociedad su vivienda habitual, la cual, desde ese momento, quedaba sujeta a arrendamiento, siendo ella la arrendataria y la sociedad la arrendadora), y (ii) se había adoptado el referido acuerdo con abuso de la mayoría, imponiendo un acuerdo en beneficio de la socia mayoritaria.

En relación al posible conflicto de interés, la audiencia concluye que el *animus* de la socia mayoritaria para aportar el inmueble en la ampliación de capital no determina, por sí solo, la existencia de un conflicto de interés, ni el perjuicio del interés de la empresa. Asimismo, el tribunal entiende que las razones fiscales o sucesorias que movieron a la tía abuela de la actora a transferir su vivienda habitual a la sociedad para serle arrendada posteriormente no pueden considerarse perjudiciales para esta última, dado que, en el caso sentenciado, la aportación se realizó previa



tasación de la finca, por un precio que resultó acreditado que era de mercado, la finca se destinó a uno de los fines sociales propios de la actividad de la sociedad y por un precio superior al de mercado.

Sobre el abuso de mayoría, la audiencia recuerda que un acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento de los demás socios. Puesto que el objeto social de la sociedad es la gestión de inmuebles que integran el patrimonio de la familia, habiéndose probado que el inmueble se aporta a valor de mercado, destinándose el inmueble al arriendo, y generando una renta para la sociedad superior a la de mercado, la audiencia rechaza las pretensiones de la actora.

Por último, en relación a la última cuestión alegada, deja claro la audiencia que “el riesgo de dilución de la participación de la socia impugnante no es trascendente, dado que su participación estaba ya por debajo del 5 % del capital”.

### **Un tribunal rechaza la situación patrimonial deteriorada de las empresas familiares como fundamento de la reducción de la pensión de alimentos**

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 679/2018, de 16 de octubre de 2018.**

La Audiencia Provincial de Barcelona estudia el recurso interpuesto contra una sentencia que denegó la reducción de la pensión de alimentos establecida en el convenio regulador aprobado por una sentencia de divorcio en el año 2008.

El excónyuge recurrente entiende, a tal respecto, que no se ha efectuado una correcta valoración de la prueba y que está más que acreditada en la litis la alteración de su situación económica, por el empeoramiento de los resultados que todas sus empresas sufrieron desde el referido año 2008.

A juicio del tribunal, cierto es que los ingresos que, a día de hoy, puede percibir el recurrente de los dividendos de las compañías son bastante escasos. No obstante, afirma que la cuestión fundamental estriba en la necesidad de acreditar que esta “delicada” situación es, en todo caso, actual y, por tanto, distinta a la que en su día existía cuando se dictó la sentencia de divorcio.

En este sentido, la audiencia provincial entiende que no consta en el procedimiento prueba documental suficiente que permita justificar cuáles eran los beneficios de dichas sociedades en 2008 - se dice, de manera expresa, que no basta con la declaración de la renta a estos efectos - ni tampoco el destino del importe de las acciones o participaciones ni, en su caso, su disminución de valor.

Y es precisamente esa insuficiencia probatoria, que no deja de contrastar con la vinculación del recurrente con las empresas (de tipo familiar todas ellas), acerca de la realidad de su capacidad económica, en comparación al momento de fijarse la pensión compensatoria, lo que determina, en definitiva, la desestimación del recurso interpuesto.

### **La DGRN analiza el régimen de retribución de los consejeros ejecutivos tras la controvertida sentencia del Tribunal Supremo**

**Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de octubre de 2018.**

Un registrador mercantil rechaza la inscripción de varios párrafos de una cláusula estatutaria sobre régimen retributivo del consejo de administración, en la medida en que, por lo que respecta a los consejeros con funciones ejecutivas, únicamente se establecía que tendrían “derecho a percibir,



adicionalmente, las retribuciones que correspondan por el desempeño de dichas funciones ejecutivas”, y que el contrato a celebrar entre la sociedad y estos detallaría “todos los conceptos por los que el consejero pueda obtener una remuneración por el desempeño de sus funciones ejecutivas, incluyendo en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la Sociedad en concepto de primas de seguros o de contribución a sistema de ahorro”. Entiende el registrador que, tras el criterio interpretativo sentado por el Alto Tribunal en su sentencia de 26 de febrero de 2018, los estatutos deben incluir necesariamente el sistema o sistemas de retribución de los consejeros ejecutivos. De lo contrario, la cláusula no puede tener acceso al registro, como era el caso.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) rechaza la calificación discutida haciendo hincapié, por un lado, en que el criterio mantenido por la referida sentencia del Tribunal Supremo es el único pronunciamiento dictado en tal sentido hasta la fecha -y, por ello, no sienta jurisprudencia- y, por otro lado, en la inexistente identidad entre la cláusula estatutaria debatida en la referida sentencia -la cual, excluía categóricamente toda reserva estatutaria y competencia de la junta general respecto a la remuneración de los consejeros ejecutivos- y la cláusula estatutaria objeto del presente recurso. Adicionalmente, la Dirección General entiende que dicho artículo estatutario sí contiene el sistema o sistemas de retribución de los consejeros ejecutivos, dado que incluye la eventual indemnización por cese anticipado en sus funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguros o de contribución a sistemas de ahorro, y los conceptos de dietas de asistencia y de indemnización por fallecimiento. Y añade que, aun asumiendo que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos debieran constar necesariamente en los estatutos sociales (extremo que la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 no deja muy claro, pudiendo defenderse incluso una interpretación flexible de esta obligación, tal y como preconiza la propia sentencia), no puede apreciarse el defecto que el registrador aduce, por más que los criterios recogidos no coincidan con los percibidos como usuales en la práctica. A juicio de la DGRN, la calificación negativa comporta una petición de principio, cual es que el texto estatutario será aplicado precisamente para contravenir la concreta interpretación de la legalidad que se defiende, sin que en su redacción consten indicios que permitan deducir necesariamente tal resultado.

### **Nuevas aclaraciones de la DGRN sobre el régimen de retribución de los consejeros con funciones ejecutivas**

**Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de diciembre y de 8 de noviembre de 2018.**

La DGRN analiza dos supuestos muy similares en los que se deniega la inscripción de una escritura en la cual se decía que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, se había celebrado un contrato entre el consejero delegado y la sociedad, contrato que había sido aprobado previamente por el consejo de administración, también por unanimidad de los asistentes, si bien el afectado se había abstenido de participar en la votación. Dicho contrato se incorporó al acta de la sesión y cumplía con las exigencias del artículo 249.4 de la Ley de Sociedades de Capital. La DGRN entiende que “siendo que el cargo de miembro del Órgano de Administración tiene carácter gratuito o no retribuido; y siendo el régimen de retribuciones necesariamente y sólo el establecido en Estatutos, como ha declarado la STS de 26 de Febrero de 2018 para todos los integrantes del órgano de administración; sólo cabe concluir que no es procedente la celebración del contrato al que se refiere el art. 249 de la Ley de Sociedades de Capital, en que se detalle el sistema retributivo que en coherencia con los Estatutos, es inexistente”.

Lo que constituye objeto de discusión en ambos casos es la interpretación del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital. Así, de su literalidad se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad, que debe ser aprobado previamente por el



consejo de administración con los requisitos que establece dicho precepto. Es en este contrato en el que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. La Dirección General se pronuncia en contra de la calificación registral dada a estos casos, en primer lugar, porque del contenido literal del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital se desprende la existencia de la obligación del contrato entre el miembro del consejo de administración con funciones ejecutivas y la sociedad aun cuando se convenga, con base en la autonomía de la voluntad, que tales funciones ejecutivas se realicen gratuitamente. Según sostiene, la calificación impugnada no está fundada en derecho, pues se ha limitado a presuponer que en el referido contrato se establece que el cargo de consejero delegado es retribuido, algo que no es sino mera conjetura. En segundo lugar, el Centro Directivo apunta que aunque se entendiera que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos han de constar necesariamente en los estatutos sociales (extremo que la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 no deja muy claro, pudiendo incluso interpretarse con un criterio de flexibilidad al que apela la propia sentencia), no competiría al registrador que califique la escritura apreciar si el contenido del contrato, que según se expresa en el acuerdo adoptado cumple con las exigencias establecidas en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, contradice o no el carácter retribuido del cargo de administrador, toda vez que dicho contrato carece de publicidad alguna en el Registro Mercantil.

**La prohibición vía estatutos de constituir un derecho real de prenda sobre las participaciones sociales no convierte al socio en ‘prisionero’ de la sociedad, siempre que la transmisión ‘inter vivos’ quede garantizada**

**Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de noviembre de 2018.**

¿Cabe la inscripción de una cláusula estatutaria que prohíbe a los socios constituir un derecho de prenda sobre las participaciones sociales o se trata de un supuesto que limita el principio de libertad de disposición del socio sobre las mismas restringiendo, por tanto, la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos *inter vivos*?

En línea con la resolución del Centro Directivo de 30 de julio de 2018 -analizada en nuestra [Newsletter de Empresa Familiar de noviembre de 2018](#)-, la respuesta debe ser afirmativa. A juicio de la DGRN, no puede rechazarse la inscripción de una cláusula como la descrita toda vez que, al permitirse al socio la transmisión plena de sus participaciones -sujeta en todo caso a las restricciones legales y estatutarias inherentes a la transmisión *inter vivos*- no se le está convirtiendo en *prisionero* de la sociedad y no se perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones sociales con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable ni pueda considerarse que rebase los límites generales de la autonomía de la voluntad.

## 2.2 Tributario

**Para aplicar el régimen de empresa familiar a una donación de la participación en una sociedad no es necesario que quien realice funciones de dirección participe en su capital social**

**Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V2812-18, de 26 de octubre de 2018.**

En una consulta analizada por la Dirección General de Tributos (DGT), se aborda un supuesto en el que dos cónyuges donan a su hijo el 100% de su participación en una sociedad. El requisito de



realización de funciones directivas para aplicar el régimen de empresa familiar a la donación lo cumple el hijo de los cónyuges, a pesar de que no tiene participación en la entidad.

La DGT concluye que, cumpliéndose el resto de requisitos previstos en la norma, no imposibilita la aplicación del régimen de empresa familiar en el ISD la circunstancia de que quien realiza las funciones directivas (hijo) no tenga participación en la entidad.

Así mismo concluye la DGT que, bajo tales condiciones, se estimará que la transmisión de la sociedad no produce una ganancia o pérdida patrimonial en el IRPF para el donante. Ello con independencia de que el donatario aplique efectivamente o no la reducción de empresa familiar en el ISD y siendo irrelevante a estos efectos los requisitos que para ello establezca la normativa autonómica.

### **La DGT recoge el criterio fijado por el TS según el cual los residentes en países extracomunitarios pueden optar por aplicar la normativa autonómica o estatal en el ISD**

**Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V3193-18, de 14 de diciembre de 2018.**

La DGT recoge el criterio expuesto por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de febrero de 2018, entre otras, que establece que restringir el derecho de los residentes en países extracomunitarios a optar por la normativa autonómica en el ISD resulta contrario al Derecho de la Unión. Ello es así al resultar contrario al principio de libertad de movimiento de capitales, el cual es aplicable igualmente a residentes fuera del Espacio Económico Europeo (EEE).

En consecuencia, el régimen regulado por la disposición adicional segunda de la Ley del ISD se extiende también a residentes en un país tercero, pudiendo optar por la aplicación de la normativa estatal o autonómica de acuerdo con las condiciones previstas en ella

### **En el heredamiento cumulativo del Código Civil de Cataluña la entrega de presente tributa como adquisición 'mortis causa' y la adquisición no se acumula en el ISD a la que tendrá lugar en el fallecimiento del causante**

**Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V2618-18, de 28 de septiembre de 2018.**

La DGT analiza una consulta en la que el interesado pretende realizar una herencia acumulativa de acuerdo con el Código Civil de Cataluña. En particular, un matrimonio (los heredantes) ordenará su herencia nombrando herederos universales a su respectivo cónyuge, a sus hijos y a sus nietos. Además, les hará diversos prelegados con entrega de presente y dispondrá de otros prelegados con entrega al fallecimiento de cada uno de los cónyuges.

La DGT manifiesta que la entrega de bienes de presente como consecuencia de pactos sucesorios suscritos supone que el devengo del ISD se adelanta al día en que se celebra el pacto sucesorio. Este hecho imponible será distinto del que se producirá posteriormente con la entrega de bienes en el momento del fallecimiento del heredante.

Manifiesta también la DGT que no procede acumular las atribuciones de presente recibidas a los elementos que se adquieran posteriormente por fallecimiento, dado que la normativa del ISD no regula supuestos de acumulación de títulos sucesorios.



## **A un inmueble arrendado a través de una empresa dedicada a servicios turísticos no le es de aplicación la exención de empresa familiar en el IP**

**Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V2297-18, de 7 de agosto de 2018.**

La consultante es una persona física propietaria de un inmueble que se plantea ofrecer en arrendamiento. El alquiler se realizaría: (i) a una empresa de servicios, que sería quien contrataría en su nombre y por su cuenta con el inquilino y ofrecería servicios de limpieza, o (ii), alquilando directamente al inquilino, contratando los servicios de limpieza con la empresa de servicios mencionada anteriormente. Esta actividad de alquiler supone para la consultante su principal fuente de renta y no cuenta para llevarla a cabo con ningún empleado.

En primer lugar, analiza la DGT la calificación en el IRPF de los rendimientos que se obtengan por la cesión del inmueble.

La DGT manifiesta que las rentas derivadas del arrendamiento tendrán la calificación de rendimientos de actividades económicas en el IRPF si el alquiler de la vivienda de uso turístico no se limita a la mera puesta a disposición de la misma durante periodos de tiempo, sino que se complementa con la prestación de servicios propios de la industria hotelera. Según la DGT, dado que en este caso no estaríamos ante una mera actividad de arrendamiento de inmuebles no sería necesario el cumplimiento del requisito de contar con una persona con contrato laboral y a jornada completa.

Por otra parte, dados los antecedentes, si la consultante alquilara la vivienda a una empresa de servicios que fuera la que contratara directamente con los inquilinos y les prestase los servicios adicionales, los rendimientos derivados del arrendamiento se calificarían como rendimientos del capital inmobiliario.

En cuanto al Impuesto sobre el Patrimonio (IP), para este caso particular la DGT concluye que ni en el supuesto de la contratación de una empresa de servicios ni en el de la gestión directa del arrendamiento se entienden cumplidos los requisitos para aplicar la exención de empresa familiar. Remarca la DGT que en el supuesto de contratación de una empresa de servicios para llevar a cabo la actividad de arrendamiento de inmuebles no se cumpliría el requisito de que la actividad de se ejerciera de forma personal y directa por parte del sujeto pasivo del IP.

## **Exención de empresa familiar en el IP: la participación en sociedades de capital riesgo no tiene la consideración de valores**

**Dirección General de Tributos. Consulta V3108-18, de 29 de noviembre (en el mismo sentido Consulta V3261-18).**

En la presente consulta se analiza una estructura compuesta por una sociedad *holding* que se plantea realizar una inversión en una sociedad de capital riesgo (SCR). El activo de esta SCR se invertirá en otras entidades de capital riesgo así como en participaciones de al menos el 5% en sociedades mercantiles operativas.

La sociedad *holding* tendría una participación de al menos el 5% en la SCR y formaría parte de su consejo de administración.

Tal y como se publicó en nuestra [Newsletter de Empresa Familiar de junio de 2018](#), la consulta de la DGT V0478-18 concluyó lo siguiente para el caso de una estructura similar:



“Establece la DGT que en la medida en que la participación en la SCR en la que se participa directamente sea superior al 5%, no se consideraría que la Sociedad Limitada tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Para llegar a esa conclusión, la DGT interpreta que en la SCR participada no tendrán la consideración de valores aquellos que estén incluidos en su coeficiente obligatorio de inversión, con independencia tanto de si tales participaciones se materializan a su vez en otras SCR o FCR así como del porcentaje que representen en el capital de unas y otros.

Matiza a continuación la consulta que cosa distinta será si las distintas participaciones que la primera SCR tenga en otras SCR o FCR están afectas a la actividad de la primera, no existiendo un criterio apriorístico general de carácter legal que permita calificar la existencia o no de afectación para estos elementos patrimoniales. En este sentido, para considerar si dichas participaciones en SCR o FCR de segundo nivel se encuentran afectas a la actividad de la SCR de primer nivel habrá que analizar la “necesariedad” de dichas participaciones para la obtención de rendimientos.

En relación con dicha “necesariedad”, concluye la DGT, su existencia escapa de las facultades interpretativas de la DGT y deberá ser analizada en las posibles actuaciones de comprobación e inspección sopesando aspectos como: 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 demás parámetros económicos y financieros de la entidad”.

La DGT matiza ahora su criterio emitido en la consulta V0478-18. De esta forma, concluye que en la medida en que es un requisito legal que las SCR mantengan un porcentaje mínimo de su activo invertido en determinados tipos de activos, que conforman el coeficiente obligatorio de inversión, estos activos serían necesarios para el ejercicio de la actividad de la SCR, cualificando a efectos de exención de empresa familiar en el IP.

Además, esta consulta concluye lo siguiente:

- (i) Las inversiones que la SCR realice en participaciones en otras entidades de capital riesgo que excedan del coeficiente obligatorio de inversión únicamente podrán no computarse como valores si otorgan al menos el 5% de los derechos de voto, siempre que se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación y se disponga de los medios materiales y personales para ello. Todo ello siempre que las entidades participadas no sean patrimoniales.
- (ii) En cuanto a la posibilidad de que exista una sociedad gestora que se ocupe de la administración y gestión de los activos de las SCR, en la medida en que la delegación de la gestión en estas entidades es potestativa, ello no exime a la SCR de tener los medios materiales y humanos necesarios.

**La opción para los no residentes de aplicar en el ISD la normativa estatal o la autonómica no puede rectificarse una vez transcurrido el plazo voluntario de declaración**

**Tribunal Económico-Administrativo Central. Resolución de 16 de octubre de 2018.**

La disposición adicional segunda de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) concede a los contribuyentes residentes en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo, bajo determinados supuestos, la posibilidad de aplicar la normativa estatal o autonómica en adquisiciones lucrativas.



Pues bien, el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) entiende, en una resolución del 16 de octubre de 2018, que la posibilidad de optar por diferentes normativas constituye una opción tributaria que debe ejercitarse dentro del periodo reglamentario de declaración, y que no puede modificarse una vez transcurrido dicho plazo.

### **La exigencia de residencia de los herederos en la Comunidad Valenciana para la aplicación de la bonificación del 99% en el ISD es inconstitucional también para las donaciones**

**Tribunal Económico Administrativo Central. Resolución de 16 de octubre de 2018.**

La normativa del ISD de la Comunidad Autónoma de Valencia exigía que los herederos tuvieran su residencia habitual en ese territorio a la fecha del devengo del impuesto para aplicar una bonificación del 99% en la cuota tributaria.

El Tribunal Constitucional resolvió en 2015 que este requisito era inconstitucional y, por tanto, nulo.

Esta normativa autonómica también exigía para aplicar la misma reducción del 99% a las donaciones (con un límite de 420.000 euros), entre otros requisitos, que el donatario tuviera su residencia habitual en la Comunidad Valenciana.

En esta resolución, el TEAC concluye que la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional para las transmisiones mortis causa debe extenderse igualmente a los casos de transmisiones inter vivos. Por lo tanto, anula una liquidación practicada en este sentido por la administración autonómica.

### **El grupo de parentesco para la aplicación de la reducción de empresa familiar debe computarse, a efectos del ISD, desde la persona del causante**

**Tribunal Económico Administrativo Central. Resolución de 16 de octubre de 2018.**

El TEAC analiza cómo debe conformarse el grupo de parentesco a los efectos de aplicar el régimen de empresa familiar en el ISD.

De acuerdo con la Ley del IP, este grupo de parentesco está formado por el cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tengan su parentesco en la consanguinidad o en la adopción, del sujeto pasivo.

Cumpléndose el resto de requisitos para la aplicación del régimen de empresa familiar, es posible que las funciones directivas las realice cualquiera de los miembros del grupo de parentesco para que todos ellos apliquen la exención prevista en la Ley del IP.

El tribunal admite que la DGT interpreta que cualquiera de las personas del grupo de parentesco puede servir de referencia para determinar el alcance del grupo de parentesco en el IP, dentro de los parientes señalados anteriormente. No obstante, ello no debe entenderse así cuando lo que se pretende aplicar es el “régimen de empresa familiar” en el ISD.

En este último caso, concluye el tribunal, necesariamente debe utilizarse al causante como referencia para determinar el alcance del grupo de parentesco.



## **No es deducible en el IP de un ejercicio la cuota del IRPF de ese mismo periodo regularizada por la AEAT en una comprobación**

**Tribunal Económico-Administrativo Central. Resolución de 18 de septiembre de 2018.**

El TEAC analiza un supuesto en el que la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) comprobó, en el año 2010, el IRPF y el IP de un contribuyente de los ejercicios 2005 y 2006.

Efectuada la regularización inspectora del IRPF del ejercicio 2005, se plantea si la cuota a deducir para determinar la base imponible del IP del 2005, también comprobado, es la autoliquidada inicialmente por el contribuyente o la que figura en el acuerdo de liquidación.

El tribunal, haciendo referencia a resoluciones anteriores, concluye que la finalidad del IP es gravar el patrimonio neto del contribuyente referido a un momento concreto y estático en el tiempo, el 31 de diciembre de cada año. Por lo tanto, se debe valorar y determinar cuál es el patrimonio del sujeto pasivo en tal fecha, lo que supone que no sea posible deducir como deuda de un ejercicio una cantidad por la cual el sujeto pasivo no debía responder en ese concreto momento.

Esta interpretación, continúa el tribunal, supone que las cantidades del IRPF autoliquidadas por el sujeto pasivo correspondientes a un determinado ejercicio sí pueden considerarse deducibles en el IP de ese mismo ejercicio, pero no así las cuotas regularizadas por la inspección con posterioridad.

## **La resolución sancionadora de la AEAT por la presentación extemporánea del modelo 720 no está suficientemente motivada y, por ello, es improcedente**

**Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sentencia de 28 de noviembre de 2018.**

El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla y León analiza un caso en el que la AEAT impuso una sanción al demandante por la presentación extemporánea del modelo 720. Frente a dicha sanción, el recurrente alegó que la sanción resultaba desproporcionada, que la Comisión Europea había emplazado a España a modificar el régimen sancionador de la declaración de bienes en el extranjero por considerarlo desproporcionado, y que la sanción fue impuesta de forma automática y sin motivación.

Concluye el TSJ que ni la resolución sancionadora, ni la desestimación de la reposición, ni la resolución del Tribunal Económico-Administrativo han hecho mención a las alegaciones del ahora demandante. Simplemente se han limitado a realizar una remisión a la normativa aplicable, por lo que la resolución sancionadora no está motivada y, por tanto, debe anularse.

El tribunal destaca que si se vierte un alegato de desproporción e inadecuación al derecho comunitario y a la AEAT le consta tal posible inadecuación, como así ha de ser en este caso por el procedimiento abierto ante la Comisión, una mínima vocación servicial de dicha administración pasaría por hacer una somera consideración sobre esta alegación.

Por último, y a mayor abundamiento, el tribunal expresa serias dudas sobre la proporcionalidad de la norma sancionadora en cuestión. No obstante, establece que ello no impone el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, pues el fallo emitido en este caso no depende del resultado de tal cuestión.



## **El Tribunal Supremo resolverá sobre cuál es el momento desde el que debe computarse el plazo de prescripción en las donaciones realizadas mediante transferencias bancarias**

**Auto del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 2018.**

Se plantea ante el Tribunal Supremo cuál debe ser el momento en el que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción en donaciones realizadas a través de transferencias bancarias, únicamente reflejadas en los correspondientes apuntes bancarios.

En particular, se pronunciará sobre si el inicio del periodo de prescripción debe computarse desde que la Administración Tributaria tuvo conocimiento de tales donaciones, o treinta días hábiles después de la fecha en la que consta la realización de la transferencia en los apuntes bancarios.

## **El devengo del ISD en la donación de una oficina de farmacia se produce en el momento en el que el donatario obtiene la autorización administrativa correspondiente**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sentencia de 8 de mayo de 2018.**

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima que el peculiar régimen jurídico al que está sometida una oficina de farmacia, en virtud del cual la transmisión de la misma no se entiende efectuada hasta que no se autoriza por la Administración sanitaria competente, hace que el devengo del ISD en la donación de la citada empresa no se produzca hasta que se obtenga la preceptiva autorización, momento en el cual desaparece la limitación a la que dicha donación se encuentra sometida.

En este supuesto se analizaba el cumplimiento del requisito de que el donante dejara de ejercer funciones de dirección y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones para aplicar el “régimen de empresa familiar” en el ISD. En este caso en particular, concluye la sentencia que estos requisitos deben cumplirse en el momento de la obtención de la autorización administrativa, en el que se produce el devengo del ISD, y no en el momento en el que se otorga la escritura pública de donación.

## **La subsanación de la escritura pública de donación mediante la que se incluyen las menciones necesarias para aplicar una bonificación en el ISD, retrotrae sus efectos a la fecha de otorgamiento de la escritura**

**Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sentencia de 17 de octubre de 2018.**

Para la aplicación de la bonificación por donaciones dinerarias de padres a hijos, la normativa autonómica de la Comunidad Valenciana del ISD exigía, entre otros requisitos, la justificación de la procedencia del dinero donado en el documento público de otorgamiento de la donación.

En el caso analizado, la escritura pública que instrumentaba una donación dineraria de padres a hijos fue objeto de subsanación en un momento posterior al plazo voluntario de declaración, dado que en la escritura original se omitió por error el origen del dinero donado.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana concluye en este caso que la subsanación de la escritura pública de donación tiene efectos desde la fecha de su otorgamiento y, por tanto, se cumplieron todos los requisitos exigibles para aplicar la bonificación.



## **El Tribunal Supremo analizará si los beneficios fiscales de la normativa autonómica en el ISD son aplicables a herederos no residentes en la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo**

**Auto del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 2018.**

La sentencia recurrida en este caso analiza la adquisición sucesoria de un inmueble situado en Málaga. El causante era residente en Suiza y la heredera (su esposa) no residente en España.

La Administración General del Estado (recurrente) considera que la sucesión debe regirse por la normativa estatal del ISD, ya que no debería resultar aplicable a este supuesto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2014.

En la sentencia recurrida, la Audiencia Nacional consideró que esta sucesión podría regirse por la aplicación de la normativa autonómica del ISD. Ello queda justificado porque la normativa comunitaria y la jurisprudencia del TJUE establecen con absoluta claridad que el principio de libre circulación de capitales no sólo es aplicable a los países miembros de la Unión o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, sino también a terceros países, como sería en este caso Suiza (residencia del causante).

El Tribunal Supremo considera ahora, en un auto del pasado 5 de diciembre, que, a pesar de no tratarse de una cuestión totalmente nueva, existe interés casacional y se hace aconsejable un pronunciamiento de la sección segunda de la Sala Tercera para reafirmar, reforzar o completar su jurisprudencia sobre este asunto.

**Más información:**  
**Departamento Empresa Familiar**

Síguenos:



**GARRIGUES**

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

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

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

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

