

Newsletter Empresa Familiar

España

GARRIGUES

Junio 2023

ÍNDICE

1. ARTÍCULOS

- 1.1 **Cómo preservar que las decisiones de la empresa familiar permanezcan en la familia cuando un menor hereda acciones o participaciones sociales**
- 1.2 **País Vasco: algunas novedades tributarias interesantes para la empresa familiar**
- 1.3 **¿Qué supone la diligencia debida en materia de derechos humanos para la empresa familiar?**
- 1.4 **Ya es posible constituir una sociedad totalmente 'online' en España**

2. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

2.1 Mercantil y civil

- 2.1.1 Asistencia financiera prohibida: pactos de cobertura o aseguramiento del valor de las acciones para hacer más atractiva su adquisición
- 2.1.2 Efectos del derecho de separación del socio: valoración de las participaciones asumidas *ad cautelam* y obligación de devolución de los dividendos percibidos con posterioridad al ejercicio del derecho de separación
- 2.1.3 Impugnación del acuerdo de disolución-liquidación societaria por socia única aquejada de un deterioro cognitivo moderado
- 2.1.4 Ejercicio de los derechos de voto sobre las participaciones sociales de una comunidad hereditaria y aplicación de las pruebas o test de relevancia y de resistencia
- 2.1.5 Licitud de la retribución del órgano de administración a pesar del incumplimiento de los estatutos sociales
- 2.1.6 ¿Quién debe ejercitar los derechos políticos de las participaciones ostentadas por una comunidad de bienes postganancial?

- 2.1.7 Tras el fallecimiento del accionista de una sociedad, ¿puede su viuda intervenir en la junta de accionistas en su condición de miembro de la comunidad postganancial?
- 2.1.8 No es posible adoptar acuerdos sociales en contra de un artículo de los estatutos inscritos, aunque sea contrario a una norma imperativa
- 2.1.9 Dos apoderados mancomunados pueden conferir poder a un tercero para que ejercite ciertas facultades solidariamente

2.2 Tributario

- 2.2.1 ISD.- El Tribunal Supremo continúa perfilando la forma de cálculo del valor del ajuar doméstico
- 2.2.2 IRPF.- Exención de la ganancia patrimonial en la enajenación de la vivienda habitual por reinversión en los casos de separación o divorcio
- 2.2.3 ISD/IRPF.- El Tribunal Supremo se pronunciará sobre si el incremento del justiprecio reconocido por sentencia judicial una vez acaecido el fallecimiento del causante debe tributar por el ISD o por el IRPF
- 2.2.4 IP. Balance a tomar en consideración para valorar la empresa familiar
- 2.2.5 IP.- Sobre la consideración o no de la vivienda habitual como elemento susceptible de producir rendimientos a los efectos del límite de la cuota íntegra de IP
- 2.2.6 IP.- En el cálculo de la exención en el IP de la empresa familiar, las necesidades de capitalización, solvencia, liquidez o acceso al crédito pueden acreditar la afectación a la actividad empresarial de activos representativos de la cesión de capitales a terceros
- 2.2.7 ISD.- Periodo a tomar en consideración para verificar el cumplimiento del requisito relativo a la retribución por el ejercicio de funciones directivas en caso de donación
- 2.2.8 ISD.- Los rendimientos de la actividad económica obtenidos con carácter previo a la aportación de la actividad a una sociedad no computan como retribución por funciones directivas en la citada sociedad

- 2.2.9 ISD.- El TEAC aclara el grado de parentesco cuando el matrimonio se encuentra disuelto en el momento del fallecimiento
- 2.2.10 ISD.- Alcance de la reducción de empresa familiar en el ISD, supuesto de préstamo participativo concedido por una persona física a una empresa, y de un préstamo de una empresa a otra compañía
- 2.2.11 ISD.- Normativa aplicable en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en caso de percepción de indemnizaciones de seguros de vida cuando el causante es no residente
- 2.2.12 ISD.- La renuncia a parte del derecho de cobro del cónyuge titular de unos bienes por la transmisión de participaciones a favor de su esposa es una transmisión lucrativa sujeta al ISD
- 2.2.13 ISD. La DGT acota las facultades de disposición sobre una cuenta indistinta de matrimonio en régimen de separación de bienes
- 2.2.14 ISD/IS.- Tributación en el Impuesto sobre Sociedades cuando la beneficiaria de una herencia es una entidad mercantil
- 2.2.15 ISD.- Fecha de devengo en el Impuesto sobre Sucesiones de los derechos del cónyuge viudo, en supuestos en que existe derecho de transmisión
- 2.2.16 IRPF.- Determinación del valor de transmisión de participaciones sociales al cónyuge, a efectos del IRPF
- 2.2.17 ITSGF. Tributación por obligación real en el Impuesto de Solidaridad de las Grandes Fortunas, respecto aquellos contribuyentes acogidos al régimen especial de trabajadores desplazados a territorio español
- 2.2.18 IS.- Consideración de entidad patrimonial de una entidad cuyo activo está constituido principalmente por la explotación de licencias

1. ARTÍCULOS

1.1 **Cómo preservar que las decisiones de la empresa familiar permanezcan en la familia cuando un menor hereda acciones o participaciones sociales**

José Manuel Herrero Aparicio

El fallecimiento de un miembro de la familia que deja herederos menores de edad puede abrir la puerta a injerencias por parte del progenitor supérstite que ejerce su patria potestad. Analizamos posibles fórmulas para limitar las intervenciones no deseadas.

Sin duda uno de los deseos y preocupaciones de los fundadores o miembros de la empresa familiar es que el control del patrimonio y negocio construido con su esfuerzo permanezca en el ámbito familiar y no se vea perturbado por injerencias externas. Una de esas contingencias, que podría afectar a la empresa familiar, podría devenir a consecuencia del fallecimiento de un miembro de la familia y partícipe de la empresa familiar.

Es habitual que, a fin de proseguir con el carácter familiar de la empresa, el fallecido haya dispuesto en testamento su voluntad de que sus hijos sean quienes le sucedan en la titularidad de las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar. Ahora bien, conviene tener presente que, si el hijo es menor de edad al tiempo del fallecimiento, esta circunstancia podría dar lugar a situaciones indeseadas en el seno de la empresa familiar.

Los menores de edad, como es sabido, están bajo la patria potestad de sus padres. Y fallecido uno de ellos, es al otro progenitor a quien corresponde su ejercicio de manera exclusiva. Es decir, el progenitor supérstite tendrá la representación legal del menor de edad y será quien administrará sus bienes. Y en caso de que no esté alineado o identificado con el interés común o la *política* de la empresa familiar, el ejercicio de la representación legal del menor de edad podría ser perjudicial para la empresa familiar. Si la divergencia de intereses con la empresa familiar se da incluso a veces en familiares consanguíneos de los fundadores, es menos descartable su posibilidad cuando hablamos del cónyuge o pareja de hecho del miembro de la familia o de su excónyuge o expareja. Es por tanto prudente ponderar la eventualidad de la contingencia a fin de que, en la medida de lo legalmente posible, se articulen oportunamente los remedios destinados a mitigarla.

Principalmente, una vez fallecido el miembro de la familia y partícipe de la empresa familiar al que le suceden hijos menores de edad, las injerencias del progenitor supérstite pueden surgir en los dos siguientes momentos:

- (i) Desde el fallecimiento hasta la partición de la herencia.

En este estadio la herencia se halla indivisa, los bienes que la componen –entre los que se encuentran las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar que titulaba el finado– pertenecen a la comunidad hereditaria (a la pluralidad de sucesores) en lo que jurídicamente se denomina “comunidad germánica”. Esto es, cada sucesor no tiene una parte (equivalente a su cuota hereditaria) sobre cada bien concreto de la herencia –sobre cada acción o participación de la empresa– como si se tratase de un bien en copropiedad, sino que su cuota recae sobre la totalidad de la herencia indivisa.

Durante este íterin, en que la herencia permanece indivisa, la administración de los bienes hereditarios corresponde, en principio, a la pluralidad de sucesores, quienes deciden por mayoría. Y a esos efectos los sucesores que sean menores de edad estarán representados *ex lege* por el progenitor supérstite. De manera que, si el menor

o menores tienen una posición mayoritaria en la comunidad hereditaria, de facto será el progenitor supérstite quien determinará, por ejemplo, el sentido del ejercicio de los derechos políticos correspondientes a las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar que forman parte de la herencia.

Eso sería así, decimos, en principio. Pues esa eventual injerencia del progenitor supérstite en los asuntos de la empresa familiar se puede evitar. Para prevenir esa contingencia, el miembro de la familia, esto es, el padre o madre del menor de edad, tiene a su alcance acudir a la designación en su testamento de un albacea y facultarle especialmente para que, durante ese periodo de indivisión de la herencia, sea él quien ejercite los derechos políticos de las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar que formen parte de la herencia. Incluso cabe la posibilidad y es aconsejable establecer al tiempo una regulación destinada a que el albacea haga un uso adecuado (no libérrimo) de esa facultad. En este sentido, nos remitimos al artículo [La importancia del albacea en la sucesión de la empresa familiar](#) publicado en la Newsletter de Garrigues de Empresa Familiar de noviembre de 2020.

- (ii) El segundo periodo en que puede darse la injerencia del progenitor supérstite, tratándose de sucesores menores de edad, es una vez ya realizada la partición de la herencia y la adjudicación al menor de las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar, hasta que aquél alcance la mayoría de edad.

Durante este periodo, el progenitor supérstite es, en principio, a quien corresponde *ex lege* representar al menor en el ejercicio de los derechos políticos que corresponden a las acciones o participaciones de la empresa familiar que el hijo menor de edad ha adquirido en la sucesión del miembro de la familia fallecido.

Sin embargo, igualmente en este caso también puede prevenirse una eventual injerencia indeseada del progenitor supérstite en la empresa familiar. El artículo 166 del Código Civil dispone que se excluyen de la administración por el titular de la patria potestad “los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos”. De manera que el causante puede disponer en su testamento la exclusión del progenitor supérstite de la administración de los bienes o, si se quiere, sólo de las acciones o participaciones de la empresa familiar en que le suceda su hijo menor de edad.

La designación en testamento de la persona a quien corresponde la administración, que razonablemente recaerá en una persona de confianza del causante, es aconsejable que se realice encomendándole expresamente el ejercicio de los derechos políticos de las acciones o participaciones sociales de la empresa familiar, así como establecer una regulación de las pautas que debe seguir en su actuación y especialmente de los supuestos de conflicto de intereses que puedan darse si el administrador nombrado es partícipe de la empresa familiar.

Por otra parte, alcanzada la mayoría de edad por el hijo, sucesor del fallecido miembro de la familia en sus acciones o participaciones sociales, o incluso tratándose de sucesores ya mayores de edad al tiempo de fallecimiento, tampoco se puede descartar una injerencia en la empresa familiar por parte del progenitor supérstite.

El hijo, al cumplir la mayoría de edad, es plenamente capaz para disponer y administrar sus bienes, extinguiéndose la patria potestad del progenitor supérstite. Ello no obstante, la ascendencia del progenitor supérstite sobre el hijo puede influir y ser determinante en el ejercicio de los derechos políticos de las acciones o participaciones de la empresa familiar.

Es decir, puede haber en la práctica una injerencia indirecta o solapada del progenitor supérstite en la empresa familiar.

En esta situación es en la que resulta más complejo prevenir una injerencia del progenitor supérstite. Fundamentalmente porque nos encontramos con la denominada intangibilidad cualitativa de la legítima, pues, ex artículo 813 del Código Civil, el testador no “podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie”. Por tanto, el establecimiento de remedios (imposición de cargas u obligaciones), en la medida que éstos recaigan sobre bienes (acciones o participaciones de la empresa familiar) recibidos en concepto de legítima, podrán ser impugnados por el hijo.

Tal disposición legal conlleva que el heredero forzoso tiene siempre a su alcance la impugnación de las cargas u obligaciones que el testador imponga sobre la legítima. Y habida cuenta de ello, de lo que se trataría entonces es de articular medidas testamentarias eficaces para disuadir al hijo de su impugnación o incumplimiento. En suma, hacerle más atractivo aceptar y asumir las medidas preventivas de la injerencia externa del progenitor supérstite que se hayan adoptado por el testador.

En ese sentido, no pueden darse soluciones generales, sino que es preciso analizar caso por caso. La determinación de las obligaciones o cargas a imponer al sucesor para evitar la injerencia externa estará en función de las circunstancias particulares de la empresa familiar en cuestión. Del mismo modo que las *sanciones* y consecuencias a establecer en el testamento para el caso de su impugnación o incumplimiento requiere de un análisis ponderado y pormenorizado para su efectividad o que no haya lugar a efectos adversos o no deseados.

1.2 País Vasco: algunas novedades tributarias interesantes para la empresa familiar

Joseba Sáez y Jon Larrañaga

Las empresas y grupos familiares con sede en el País Vasco van a poder disfrutar, en algunos casos ya desde 2022, de algunas medidas tributarias novedosas e interesantes, cuyo objetivo es proteger el tratamiento fiscal de la empresa familiar.

Recientemente se han aprobado algunas medidas novedosas en el ámbito foral cuyos efectos son muy bien recibidos, por resultar favorables para la protección de la empresa familiar, y que pasamos a resumir a continuación.

Grado de participación en el capital exigido para grupos familiares

Como es conocido, la calificación como participación empresarial a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio necesita de un determinado umbral de participación, establecido en general en un 5% individual o 20% a nivel del grupo familiar.

Una de las medidas recientemente introducidas flexibiliza este requisito. En concreto, se aplicará también la exención cuando, como resultado de procesos de sucesión en la gestión empresarial, no se cumpla el porcentaje mínimo de participación del 20%, pero sí exista una participación conjunta del grupo familiar a través de una entidad intermedia dedicada a la tenencia de las participaciones, siempre que esta última tenga más del 25% de la empresa familiar. En estos casos, la exención podrá alcanzar a todo el grupo familiar. Esta medida ha sido introducida en Vizcaya, con efectos desde 2022, y Guipúzcoa y Álava, con efectos desde 2023.

Además, con efectos desde 2023, en el territorio histórico de Guipúzcoa se introducen las siguientes novedades:

- Se amplía el perímetro del grupo familiar hasta los colaterales del cuarto grado, para el cómputo del porcentaje de participación conjunta del 20%. Además, se establece que la persona de referencia a partir de la cual se ha de computar dicho grado de parentesco será el contribuyente.

La ampliación del perímetro del grupo de parentesco a colaterales hasta el cuarto grado se introduce también, en este caso no solo en Guipúzcoa sino también en Álava, en el régimen de empresa familiar en el ámbito del IRPF (no sujeción) e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (reducción del 95%).

- Se podrá aplicar la exención cuando, como consecuencia de una operación de ampliación de capital, se diluya la participación individual por debajo del 5% (3% en sociedades cotizadas en el caso de Guipúzcoa), siempre que antes de la operación el contribuyente cumpliera las condiciones para la aplicación de la exención.

Recordemos finalmente, por su interés, que la normativa de los tres territorios del País Vasco contempla una exención adicional en el Impuesto sobre el Patrimonio para aquellos contribuyentes que participen en empresas para las que presten servicios, si su remuneración representa más del 50% de sus rendimientos del trabajo o actividades económicas, sin que en estos casos sea necesaria ninguna participación en la entidad.

Regla de la patrimonialidad sobrevenida y alcance de la exención por participaciones empresariales

La conocida como regla de la patrimonialidad sobrevenida viene a excluir del cómputo de valores o activos no afectos a aquellos que equivalgan a los beneficios no distribuidos de los últimos 10 ejercicios. Esta exclusión, hasta la fecha, surtía efecto para determinar si las participaciones empresariales tenían derecho a acceder a la exención. No obstante, una vez ganado dicho acceso, esta regla no servía para incluir en el alcance de la exención a aquellos activos calificados como no necesarios para la actividad.

Pues bien, ahora se dejará de considerar como activos no necesarios para la actividad a aquellos equivalentes al importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio ejercicio como en los últimos 10 años anteriores, en la medida en que dichos beneficios tengan su origen en actividades económicas (sin que puedan exceder del 75% del total del activo). Además, la norma aclara el criterio administrativo ya consolidado de considerar como rentas procedentes de la actividad las plusvalías obtenidas en la transmisión de participaciones, cuando los ingresos de la participada provengan, al menos, en un 80% de la realización actividades económicas.

Es decir, con esta medida, la regla de patrimonialidad sobrevenida, hasta ahora aplicable para determinar el acceso a la exención, se ve de alguna manera extendida también para determinar su alcance.

Esta modificación aplica en Vizcaya, Álava y Guipúzcoa. En estos dos últimos territorios, además, se ha recogido expresamente que la nueva regla se extiende a los respectivos incentivos de no sujeción o reducción a efectos del IRPF y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Inmuebles cedidos o arrendados y calificación como elementos no afectos

Una de las especialidades de las normativas forales es que los inmuebles cedidos a terceros se califican como elementos no afectos (quedando, por tanto, excluidos del alcance de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio), salvo que se cuente con una plantilla de al menos 5 personas contratadas de manera exclusiva y a jornada completa.

Ahora se establece que esta salvedad se extiende también a los inmuebles cedidos a personas o entidades vinculadas o del mismo grupo de empresas (es decir, en estos casos los inmuebles cedidos podrán entrar en el ámbito de la exención), si se cumplen ciertos requisitos.

Calificación de dividendos con origen en participaciones indirectas como beneficios procedentes de actividades económicas

Finalmente, en Guipúzcoa se ha publicado una orden foral para establecer el criterio de dicha Administración respecto a la calificación de los dividendos como beneficios procedentes de actividades económicas, cuando dichos beneficios tengan su origen en entidades indirectamente participadas.

Según dicha Administración foral, los requisitos que se exigen cuando los dividendos y plusvalías proceden de filiales directamente participadas o de primer nivel se podrán cumplir también en el caso de estructuras *sub-holding*. En particular:

- La tenencia del 5% de la participación (3% en caso de cotizadas), se exigirá en relación con la entidad indirectamente participada respecto de la que en última instancia provengan los dividendos y plusvalías.
- La exigencia de que los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en un 80%, de la realización de actividades económicas, se referirá a los ingresos obtenidos por la entidad indirectamente participada de la que en última instancia provengan los dividendos y plusvalías.
- Únicamente se considerará que son beneficios procedentes de actividades económicas la parte que proporcionalmente corresponda a dividendos y plusvalías derivados de los ingresos obtenidos por la entidad participada que procedan de la realización de actividades económicas.

1.3 ¿Qué supone la diligencia debida en materia de derechos humanos para la empresa familiar?

Eva Díez-Ordás

El pasado 1 de junio, el Parlamento Europeo aprobó su posición sobre la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Esta directiva impondrá a un gran número de empresas la obligación de identificar, prevenir, mitigar, eliminar y reparar los efectos adversos en los derechos humanos y el medio ambiente. Avanzar en esta materia, que el mercado y los inversores ya están demandando, es fundamental para la empresa familiar.

En el año en el que se conmemora el 75 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la empresa familiar afronta ya a un nuevo reto: la implantación de procedimientos de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente o, en su caso, el análisis del impacto que la implantación por parte de sus socios comerciales de dichos procedimientos va a tener en su negocio. El objetivo de todo ello es poder responder y estar a la altura de las exigencias de sus grupos de interés y no perder oportunidades de negocio a medio y largo plazo.

La diligencia debida en materia de sostenibilidad no es una cuestión nueva. Está muy presente en muchas empresas y sectores por el impulso de iniciativas internacionales, de carácter voluntario, sobre conducta empresarial responsable, así como por la aplicación de las normas sobre diligencia debida aprobadas por algunos países de la Unión Europea (Francia en 2017, Alemania en 2021 y, en materia de trabajo infantil, Holanda en 2019) o por la propia Unión Europea en relación con sectores de alto impacto.

En la actualidad, la Unión Europea ya está adelantado los trabajos para la aprobación de una nueva norma de obligado cumplimiento: la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. El último paso en el proceso de elaboración de dicha directiva ha sido la aprobación por parte del Parlamento Europeo de las enmiendas que propone al texto planteado por la Comisión Europea en febrero de 2022. Y está previsto que en los próximos meses avancen las negociaciones interinstitucionales para la adopción definitiva de la directiva.

El principio de transparencia que rige en la materia, acentuado por las obligaciones establecidas por la reciente Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad, así como la publicidad del procedimiento de diligencia debida que impondrá la futura directiva, permitirá conocer el estado de avance de cada compañía en este proceso que, a día de hoy y a mi juicio, en materia de derechos humanos es muy desigual en función del tipo de empresa y sector.

Implicaciones para la empresa familiar

Pero, ¿qué es la diligencia debida en materia de derechos humanos y qué implicaciones tiene para la empresa familiar?

La diligencia debida en materia de derechos humanos consiste en la identificación, prevención, mitigación, eliminación y reparación de los efectos adversos en los derechos humanos que las empresas generan o hayan contribuido a generar. Para ello, debe realizarse un análisis de la actividad de la propia empresa, de sus filiales y de su cadena de valor.

Pero para la realización de dicho análisis es necesario que la empresa asuma su responsabilidad de respetar los derechos humanos y exprese su compromiso mediante una declaración política que sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa. Todo ello, en línea con lo previsto en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 16 de junio de 2011.

En este mismo sentido, la propuesta de directiva planteada por la Comisión Europea establece la obligación de las compañías que se incluyan en su ámbito de aplicación de elaborar una política de diligencia debida, que deberá contener una descripción del enfoque aplicado por la empresa a la diligencia debida, un código de conducta y una descripción de los procesos establecidos para aplicar la diligencia debida.

Más allá de la elaboración de esta política, que la empresa deberá difundir interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas, la compañía deberá integrar la diligencia debida en sus políticas y sus sistemas de gestión del riesgo.

En adición a lo anterior, como apuntaba anteriormente, como parte del proceso de diligencia debida la empresa deberá detectar, prevenir, mitigar, eliminar y reparar los efectos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos, establecer y mantener un procedimiento de denuncia, supervisar periódicamente la eficacia de su política y sus medidas de diligencia debida y organizar una campaña de comunicación pública sobre diligencia debida.

Realizar todo este proceso requiere inevitablemente una etapa de toma de decisiones y de integración de los compromisos adquiridos en las políticas, sistemas y cultura de la compañía, que en el seno de una empresa familiar podría demorarse en función de las características de la empresa en cuestión y conllevar la aplicación tardía de la diligencia debida, con la eventual pérdida de oportunidades de negocio que eso puede conllevar.

A este respecto, debemos recordar que aunque la normativa en la materia no esté aprobada todavía, los inversores y el mercado ya tienen en consideración la integración de los criterios ESG (las siglas en inglés de *Environment, Social and Governance*) para su toma de decisiones de inversión y compra; y aunque hasta la fecha los asuntos medioambientales han dominado el panorama, cuando hablamos de los aspectos sociales, el respeto a los derechos humanos y, en concreto, el control de los efectos adversos que una empresa genera, es una materia esencial.

¿A qué empresas afectará la nueva directiva europea?

A la fecha no está claro a qué empresas será aplicable la nueva Directiva sobre diligencia debida. En el texto propuesto por la Comisión Europea se establece el umbral en empresas de 500 empleados de media y un volumen neto de negocios en todo el mundo de más de 150 millones de euros, o aquellas que, sin alcanzar los umbrales indicados, tengan más de 250 empleados de media, un volumen neto de negocios en todo el mundo de más de 40 millones de euros y que, además, al menos el 50 % de este volumen haya sido generado en uno o varios de los llamados sectores de gran impacto. El Parlamento Europeo, por su parte, propone reducir el umbral a las empresas con más de 250 empleados y una facturación superior a 40 millones de euros y, en el caso de las sociedades que no alcancen dichos umbrales, a las sociedades que sean matriz de un grupo de más de 500 empleados y una facturación global por encima de los 150 millones de euros.

Por lo tanto, ante esta incertidumbre, es esencial que las empresas familiares que puedan estar incluidas en el ámbito de aplicación de la nueva normativa empiecen a valorar su situación y los pasos a dar para poder implementar la diligencia debida a tiempo, teniendo en cuenta además que, como se ha indicado, los inversores van a “descontar” el cumplimiento con carácter anticipado y penalizar a la sociedad que se quede atrás.

Para las sociedades que no vayan a quedar incluidas en el ámbito de aplicación de la futura directiva el tiempo también apremia, dado que se van a ver afectadas por los procedimientos de diligencia debida que implementen las empresas con las que mantengan relaciones comerciales, que van a exigir compromiso y cumplimiento con el respeto a los derechos humanos, bajo penalización en caso de incumplimiento, que puede llegar, incluso, a la finalización de la relación comercial amparada en los efectos adversos que la compañía genera en los derechos humanos.

Efectos para las pymes

Es tal el impacto que se prevé sobre las pymes que la propuesta de Directiva sobre diligencia debida contempla diversas acciones en relación con las que puedan verse afectadas por los procedimientos de diligencia debida implementados por las empresas incluidas dentro de su ámbito de aplicación. Así, por ejemplo, se prevé la posibilidad de que las empresas que implementen la diligencia debida proporcionen ayuda financiera a las pymes durante el proceso, o presten apoyo específico y proporcionado a las pymes con las que la empresa tenga una relación comercial establecida, si la implementación del proceso pudiera comprometer su viabilidad.

En consecuencia, también las empresas familiares que previsiblemente no estarán incluidas en el ámbito de aplicación de la directiva deben analizar su situación y las mejoras que puedan ir abordando para posicionarse de forma óptima en el mercado y, en todo caso, para asegurarse que las nuevas exigencias de las sociedades con las que mantengan relaciones comerciales no afectan a su negocio.

Muchas empresas, incluidas pymes, ya están adoptando acciones en esta materia. Así, por ejemplo, desde el año 2017 hasta el cierre de 2022 el número de empresa adheridas a la Red Española del Pacto Mundial se ha duplicado. Con su adhesión, todas estas empresas ya se han comprometido a alinear sus estrategias y operaciones con los Diez Principios del Pacto Mundial, entre ellos, el Principio 2, que establece que las empresas deben asegurarse de que no son cómplices en la vulneración de los derechos humanos. Esta adhesión y compromiso requiere llevar a cabo acciones preventivas, entre las que el Pacto Mundial señala la instauración de una política efectiva de derechos humanos y diligencia debida y la evaluación de impactos.

Como refirió Eleanor Roosevelt, primera presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y figura clave en la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “con la libertad llega la responsabilidad”. Y esa responsabilidad se va a imponer ahora a través de una directiva de la Unión Europea, norma de obligado cumplimiento para la que las empresas familiares deben estar preparadas y debidamente asesoradas

1.4 Ya es posible constituir una sociedad totalmente 'online' en España

Manuel Cortizo García

Con la transposición de la Directiva de digitalización de sociedades se establece, por primera vez en el ordenamiento jurídico español, la posibilidad de constituir una sociedad de responsabilidad limitada en 6 horas, por videoconferencia y sin necesidad de comparecer presencialmente ante notario. Para lograrlo, ha sido necesaria una profunda reforma del sistema legislativo (todavía pendiente de desarrollo reglamentario) con el fin de introducir, de manera definitiva, la digitalización de los procedimientos notariales y registrales.

El pasado 9 de mayo se publicó la [Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de directivas de la unión europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos \(Ley 11/2023\)](#). Debido al retraso de España en la transposición en plazo de directivas de la Unión Europea, tal y como glosa de manera extensa la exposición de motivos, esta ley transpone de golpe seis directivas europeas de corte muy variado, dedicándole un título a cada una.

A los efectos de este artículo, nos vamos a centrar en el Título IV que transpone la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la **Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades**, conocida como Directiva de digitalización de sociedades o Directiva de herramientas digitales, cuyo plazo de transposición expiró el día 1 de agosto de 2021.

Esta regulación europea, que es de mínimos (establece las bases del proceso de digitalización que han de ser desarrolladas por cada uno de los Estados miembros), recoge las siguientes cuatro líneas esenciales:

- Una primera y fundamental, sobre la que giran el resto: la imposición a los Estados miembros de la obligación de establecer en sus respectivos ordenamientos jurídicos **un sistema de constitución de las sociedades de capital íntegramente en línea** Y se debe hacer sin necesidad de que los solicitantes comparezcan en persona ante cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades. Esto incluye el otorgamiento de la escritura de constitución y la aportación del capital social, contemplándose como excepcional la posibilidad de requerir la presencia física del solicitante.
- En segundo lugar, se extiende este procedimiento íntegramente en línea **a todo el ciclo vital de la sociedad**, lo que supone que deberá facilitarse un sistema para la presentación *online* de los documentos necesarios.
- En tercer lugar, se extiende también este procedimiento íntegramente en línea al **registro de sucursales**.
- Y, por último, a efectos de facilitar el establecimiento de este procedimiento en línea se introducen disposiciones que afectan al sistema de publicidad registral, al funcionamiento de los registros mercantiles y al coste del servicio.

Es cierto que, en nuestro país, a la fecha de publicación de esta ley, ya existe un procedimiento para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por vía telemática a través del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (**CIRCE**), que, con la utilización del Documento Único Electrónico (**DUE**), supone un procedimiento de constitución telemática y gestión de trámites asociados al inicio de la actividad, que es ágil y no excesivamente costoso. Pero también es cierto que este sistema **exige la comparecencia física del fundador o su representante ante el notario**. Además, los procedimientos de modificación posteriores a la constitución, como regla general, precisan de la presencia física ante notario de los administradores, o de un apoderado con poder suficiente. Esta ley viene, por tanto, a modificar el régimen de constitución telemática vigente en nuestro ordenamiento jurídico, para poder cumplir con el mandato del legislador europeo de instaurar **un procedimiento íntegramente online**, para lo que modifica la Ley del Notariado, el Código de Comercio, la Ley Hipotecaria, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social y la Ley de Sociedades de Capital.

Es en la **Ley de Sociedades de Capital** donde se regula la constitución electrónica de la sociedad de responsabilidad limitada, pero para su correcta aplicación es necesario armonizar el resto del ordenamiento jurídico, fundamentalmente en lo que respecta a la intervención telemática notarial y registral, con el objeto de evitar ineficiencias del sistema.

Así, el **Código de Comercio** se modifica para establecer una mejora en la obtención gratuita, a través del Registro Mercantil, de información relevante sobre las sociedades mercantiles y sus sucursales en toda la Unión Europea.

La **Ley del Notariado** se modifica, fundamentalmente, para (i) regular un protocolo electrónico que refleje las matrices de los instrumentos públicos y fomentar el paso al soporte electrónico de todos los documentos notariales, (ii) establecer la posibilidad de consulta digital motivada de un índice único informatizado general por el Consejo General del Notariado y las administraciones públicas y (iii) permitir el otorgamiento de ciertos instrumentos a través de videoconferencia, firma electrónica cualificada y comparecencia electrónica (prácticamente cualquier acto societario, a excepción de las aportaciones no dinerarias al capital social), definiendo los requisitos que se han de seguir para ello.

En concordancia con la modificación de la Ley del Notariado, se modifica la **Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social**, para reforzar el régimen disciplinario del Cuerpo único de Notarios, con el objeto de evitar la autorización de cualquier instrumento público por videoconferencia, sin observar los requisitos establecidos al efecto en la Ley del Notariado.

La **Ley Hipotecaria** se modifica con el objeto de (i) regular la sede electrónica general y única a nivel nacional, (ii) permitir las comunicaciones con ciudadanos y organismos por medios electrónicos, (iii) regular la publicidad registral por esos mismos medios (notas informativas y certificaciones registrales se emitirán siempre en formato y soporte electrónico) y (iv) crear un sistema informático registral adicional y un repositorio electrónico con información actualizada de las fincas.

La **Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social**, se modifica para (i) permitir la utilización por los registradores de sistemas de videoconferencia e interoperabilidad con otros registros, (ii) regular el acceso de los interesados a la aplicación abierta en la sede electrónica de los registradores, utilizando los sistemas de identificación electrónica y (iii) para imponer la interoperabilidad de los sistemas de información y comunicación que se utilicen por notarios y registradores.

En lo que respecta a la **Ley de Sociedades de Capital**, su reforma se recoge en el artículo 9 de la Ley 11/2023 y es esta reforma la que realmente se ocupa de transponer la Directiva de la UE de 2019 en lo que respecta al procedimiento de constitución *online* de sociedades, optando el legislador español por que el procedimiento íntegramente en línea resulte de aplicación tan solo a las sociedades de responsabilidad limitada que se constituyan con aportaciones exclusivamente dinerarias.

Lo primero que se modifica, por coherencia, es la rúbrica del **capítulo II, título II**, que elimina la referencia a “La escritura de constitución” para titularse ahora “**Constitución de sociedades**”.

A continuación, tras la introducción de un nuevo **artículo 20 bis** de definiciones, se añade un nuevo artículo 22 bis, que regula expresamente la “**Constitución de sociedades en línea**” y establece sus características fundamentales:

- El sistema será solo aplicable a las sociedades limitadas, las cuales también podrán seguir constituyéndose por cualquier otro procedimiento legalmente establecido.
- Por el mismo sistema en línea se pueden realizar las demás operaciones inscribibles y las relativas al cumplimiento de sus obligaciones legales.
- En este procedimiento se puede utilizar, en la escritura pública notarial, el modelo de constitución con estatutos tipo cuyo contenido se determinará reglamentariamente.
- No es posible utilizar el procedimiento íntegramente en línea si existen aportaciones no dinerarias al capital social.

Por último, se introduce un nuevo capítulo, el **capítulo III bis**, en el título II, que con la rúbrica de “**La constitución electrónica de la sociedad de responsabilidad limitada (constitución en línea)**” desarrolla lo dispuesto en artículo 22 bis, estableciendo las siguientes condiciones:

Modelos electrónicos para la constitución electrónica

- Se continúan utilizando el DUE, los estatutos tipo y la escritura pública estandarizada, en los que el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo deberá introducir las preceptivas modificaciones.
- Todos estos modelos y documentación deben estar accesibles a través de la pasarela digital europea, y se deberá establecer un nudo de comunicación con la plataforma notarial.

Aportaciones

- Las aportaciones serán sólo dinerarias y deberán ser efectuadas mediante un instrumento de pago electrónico de amplia disposición en la Unión Europea, que permita identificar a la persona que realizó el pago.
- El instrumento de pago utilizado ha de ser proporcionado por un prestador de servicios de pago electrónico o una entidad financiera establecida en un Estado miembro.
- La documentación, valoración y transmisión de las aportaciones dinerarias serán instrumentadas electrónicamente.

- Se sigue permitiendo sustituir la acreditación de la realidad de las aportaciones, por el compromiso de los fundadores de responder frente a la sociedad y los acreedores, de la realidad de estas.

Registro mercantil e inscripción

- El Registro Mercantil competente para recibir electrónicamente toda la documentación sigue siendo el del domicilio de la sociedad.
- Cuando se utilicen escrituras en formato estandarizado y estatutos tipo, deberá llevarse a cabo la calificación e inscripción en el plazo de seis horas hábiles contadas desde el día siguiente al de la fecha del asiento de presentación o, en su caso, al de la fecha de devolución del documento retirado.
- Cuando no se utilicen estatutos tipo o escritura codificada, el plazo máximo de calificación e inscripción será de cinco días laborables contados desde el siguiente al de la fecha del asiento de presentación o, en su caso, al de la fecha de devolución del documento retirado.
- Si la inscripción definitiva se practica vigente el asiento de presentación, los efectos se retrotraerán a esta fecha.
- Si existe causa justificada, técnica o de otra índole, que haga imposible el cumplimiento de dicho plazo, el registrador mercantil deberá notificar esta circunstancia al interesado.

Excepciones a la constitución íntegramente en línea y sin necesidad de que los fundadores comparezcan presencialmente ante el notario

- Por razones de interés público y en orden a evitar cualquier falsificación de identidad, el notario, por una sola vez, podrá requerir la comparecencia física del fundador.
- También podrá exigir la comparecencia física cuando el notario pretenda comprobar la capacidad del otorgante y sus poderes de representación.
- En todo caso, el notario deberá anexar a la escritura los motivos por los que exigió esa comparecencia física.
- Estas excepciones son aplicables únicamente a la constitución de la sociedad, no pudiendo exigir el notario esta comparecencia física en las restantes etapas de la vida de la sociedad.

Entrada en vigor

La reforma de la constitución de las sociedades en línea entró en vigor el 10 de mayo de 2023, mientras que, curiosamente, la reforma de la Ley del Notariado, que es la que posibilita el sistema de constitución en línea, con los otorgamientos por videoconferencia, no entrará en vigor hasta transcurridos seis meses, es decir, hasta el 9 de noviembre de 2023, y las reformas del Código de Comercio, la Ley Hipotecaria y la Ley 24/2001, que aportan el resto de los elementos que dan coherencia al sistema, no lo harán hasta transcurrido un año, el 9 de mayo de 2024.

2. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

2.1 Mercantil y civil

2.1.1 Asistencia financiera prohibida: pactos de cobertura o aseguramiento del valor de las acciones para hacer más atractiva su adquisición

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, número 582/2023, de 20 de abril de 2023

El Tribunal Supremo analiza si el pacto incluido en un acuerdo de inversión suscrito entre una sociedad anónima cotizada (**emisor**) y una sociedad de responsabilidad limitada (**inversor**), por el que se garantiza al inversor una compensación económica por la eventual pérdida de valor de las acciones que suscribió en el marco de una ampliación de capital del emisor en un determinado periodo, vulnera o no la normativa societaria en materia de asistencia financiera y, por tanto, es o no nulo de pleno derecho. El referido acuerdo incluía un compromiso de permanencia para el Inversor de un año.

Transcurrido el primer aniversario del acuerdo de inversión, la cotización media de las acciones cae por debajo del valor garantizado por el emisor, ante lo cual el inversor reclama la compensación pactada. El emisor se niega a proceder al pago alegando que ello podría hacer incurrir a la sociedad en un supuesto de asistencia financiera prohibido de conformidad con el artículo 150.1 de la Ley de Sociedades de Capital. El inversor interpone una demanda para que se declare la validez de la compensación pactada y se condene al emisor a abonarle dicha cantidad con los correspondientes intereses.

En primera y segunda instancia se desestima la demanda, considerándose que el pacto objeto de controversia se trataba de un supuesto de asistencia financiera prohibido y, por tanto, nulo de pleno derecho, en la medida en que proporcionaba una ventaja o beneficio patrimonial al inversor, eliminando el riesgo de la inversión y favoreciendo así la adquisición de acciones por éste.

El Tribunal Supremo confirma los pronunciamientos dictados en las sentencias de instancia, con base en lo siguiente:

- La finalidad de la prohibición legal del artículo 150.1 de la Ley de Sociedades de Capital consiste en evitar el riesgo de que la adquisición de acciones se financie con cargo al patrimonio de la sociedad, pues aplicar el patrimonio social a la compra de acciones propias constituye un uso anómalo de este.
- El artículo 150.1 de la Ley de Sociedades de Capital no recoge un listado cerrado (*numerus clausus*) de los supuestos de asistencia financiera prohibida, sino que se trata de una “cláusula de cierre”, siendo susceptibles de incurrir en tal prohibición aquellos supuestos en los que la sociedad asuma alguna obligación, prestación o carga económica (coste), de tipo financiero o patrimonial, vinculada funcionalmente con el acto o negocio de adquisición de sus acciones por un tercero, incluyendo todo tipo de operaciones que, sin constituir un anticipo de fondos o concesión de garantía, tengan un equivalente efecto económico financiero.
- En el supuesto objeto de controversia, concurren los tres elementos esenciales que permiten determinar la existencia de un supuesto de asistencia financiera, a saber:
 - (i) la adquisición de las acciones del emisor por parte del inversor;

- (ii) un acto o negocio de asistencia financiera por parte del emisor en favor de un tercero, sea socio o no (inversor), consistente en una compensación económica al inversor por la pérdida de valor de las acciones, y
- (iii) un nexo causal entre la compensación y la adquisición de las acciones, que se produzca en un triple sentido:
 - (a) temporal: la adquisición de acciones se realiza en unidad de acto con la suscripción del acuerdo de inversión;
 - (b) económico: la compensación se fija en función de la diferencia entre el precio de suscripción y el valor de cotización de las acciones, y
 - (c) jurídico: el pacto de compensación y la adquisición de acciones están integrados dentro del mismo negocio (el acuerdo de inversión).

En definitiva, de acuerdo con lo expuesto, el Alto Tribunal concluye que el pacto de cobertura de valor enjuiciado vulnera la prohibición de asistencia financiera y, por tanto, es nulo de pleno derecho, sin que pueda desvirtuar tal conclusión el hecho de que (i) el pacto fuese meramente contingente, sin generar en el momento de su suscripción una salida de fondos (al depender su materialización de la evolución de la acción), o (ii) su finalidad fuera retribuir el compromiso de permanencia de un año que había asumido, tal y como pretendía sostener el inversor demandante.

2.1.2 Efectos del derecho de separación del socio: valoración de las participaciones asumidas *ad cautelam* y obligación de devolución de los dividendos percibidos con posterioridad al ejercicio del derecho de separación

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, número 524/2023, de 18 de abril de 2023

Al margen del análisis sobre el momento en que se pierde la condición de socio —cuestión controvertida sobre la que ya existe doctrina jurisprudencial consolidada (*vid.* sentencias n.º 4/2021, de 15 de enero; n.º 46/2021, de 2 de febrero; n.º 64/2021, de 9 de febrero y n.º 102/2021, de 24 de febrero)—, en la presente sentencia el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la valoración de las participaciones sociales del socio separado asumidas *ad cautelam* en varios aumentos de capital, así como la procedencia (o no) del cobro de los dividendos en virtud de dichas participaciones tras haber ejercitado su derecho de separación.

En el supuesto de hecho, es el propio socio demandante quien solicita que su derecho de reembolso se concrete en la devolución de las cantidades que había depositado cautelarmente para ejercer su derecho de adquisición en las ampliaciones de capital, por si no prosperara su intención de separarse de la sociedad.

Sin embargo, su pretensión de separarse prospera y, en consecuencia, el Tribunal Supremo, en línea con el fallo dictado por la audiencia provincial, considera que, si bien el socio separado tiene derecho al reembolso de los importes depositados por él para concurrir a las ampliaciones de capital posteriores a su comunicación a la sociedad de su intención de separarse, de dicha cantidad deberán deducirse los dividendos recibidos con cargo a tales participaciones.

Así, en atención a cómo se ejercitó el derecho de separación y cómo el propio socio condicionó la asunción de participaciones resultantes de las ampliaciones de capital posteriores al ejercicio de tal derecho, el Tribunal Supremo condena al socio separado a devolver (por compensación) los dividendos percibidos por las participaciones sociales asumidas como consecuencia del ejercicio del derecho de adquisición preferente, pues al

quedar sin efecto tales asunciones carece de causa la obtención de beneficios por esas participaciones. En este sentido, concluye el Alto Tribunal que no es admisible que se le devuelva al socio demandante la aportación (que propiamente no tuvo carácter de tal) con sus intereses legales y se lucre con su producto, puesto que la desinversión debe dejar el patrimonio del socio en las mismas condiciones, dado que ni realiza el sacrificio económico que supone la aportación ni obtiene el beneficio que esta puede conllevar.

2.1.3 Impugnación del acuerdo de disolución-liquidación societaria por socia única aquejada de un deterioro cognitivo moderado

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, de 31 de marzo de 2023, dictada en el procedimiento ordinario número 217/2021

El juzgado de lo mercantil analiza una acción de impugnación de los acuerdos sociales adoptados por la socia única de una sociedad, consistentes en la disolución y liquidación societaria. La acción de impugnación se sostiene, en esencia, en el deterioro cognitivo sufrido por la socia única que supone la nulidad del acuerdo alcanzado, y es interpuesta por la hija de esta.

El juzgado comienza resolviendo acerca de tres cuestiones procesales:

- En primer lugar, sobre la legitimación activa de la demandante, el juzgado entiende que la demandante carece de capacidad para demandar. La razón en la que se basa el juzgado es que la demandante fundamenta su interés legítimo en su interés como hija en la asistencia de los intereses políticos y económicos y asuntos de su madre discapacitada como socia única, y no en el interés social ni en el suyo propio.
- En segundo lugar, resuelve el juzgado sobre la falta de legitimación pasiva de la sociedad demandada por haber sido liquidada y acordada su disolución. Entiende el juzgado que, si bien parece que extinta la sociedad y su personalidad civil carecería esta de capacidad para ser parte por razón de la impugnación de acuerdos sociales unidos a la propia organización y actividad (por ejemplo, modificaciones estatutarias, ampliaciones de capital, aprobación de cuentas, etc.), cuando lo impugnado es el propio acuerdo de disolución, liquidación y extinción de la sociedad debe estimarse la pervivencia de aquella personalidad y capacidad para ser parte, a los fines de examinar la licitud y legalidad de tales acuerdos dirigidos a la propia extinción.
- En tercer lugar, interpreta el juzgado que la acción de impugnación de las decisiones de la socia única no está caducada. Entiende el juzgado que de apreciarse la causa alegada que fundamenta la impugnación, es decir, la presencia de una incapacidad natural por demencia y proceso neurodegenerativo al adoptar las decisiones impugnadas, el acuerdo sería contrario al orden público, lo que dota a la acción de impugnación de un carácter imprescriptible e insubsanable.

En cuanto al fondo del asunto, el tribunal se basa en la prueba analizada y especialmente en un informe elaborado pocas semanas antes de la adopción de los acuerdos por el equipo psico-social adscrito a los juzgados de incapacidades de Madrid que concluía que la socia única presentaba en dicha fecha un deterioro cognitivo moderado derivado de un proceso neurodegenerativo compatible con enfermedad de Alzheimer, consecuencia del cual se aprecia una limitación significativa (que no anulación) de sus funciones psíquicas. El juzgado entiende que, al tratarse de una sociedad unipersonal, en la que se identifica la socia única con el patrimonio social, nos encontramos ante un acuerdo que, por su sencillez y por la ausencia de efectos frente a terceros, goza de alta comprensibilidad incluso para una persona con importantes limitaciones por un proceso degenerativo neurológico que no consta llegase a anular las capacidades de esta.

2.1.4 Ejercicio de los derechos de voto sobre las participaciones sociales de una comunidad hereditaria y aplicación de las pruebas o test de relevancia y de resistencia

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, número 406/2023, de 24 de marzo de 2023

El Tribunal Supremo resuelve un supuesto de impugnación de acuerdos sociales en el que se discute sobre la forma de representación y cómputo de votos correspondientes a las participaciones sociales de una comunidad hereditaria en el marco de un conflicto societario entre los miembros de una sociedad familiar.

La sentencia resulta de interés porque el Tribunal Supremo aplica las reglas de la relevancia y la resistencia (de origen jurisprudencial y doctrinal, actualmente plasmadas en el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital) y declara la validez del acuerdo adoptado por la junta general de socios, pese a haberse producido con infracción de requisitos meramente procedimentales e irregularidades en el cómputo de los votos.

Puede encontrar más información sobre esta sentencia en este [artículo](#).

2.1.5 Licitud de la retribución del órgano de administración a pesar del incumplimiento de los estatutos sociales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, número 330/2023, de 28 de febrero de 2023

El Tribunal Supremo resuelve en este caso sobre una acción social de responsabilidad entablada por varios socios contra el administrador único a fin de que sea condenado a reintegrar al patrimonio social la retribución percibida en un determinado ejercicio (año 2012), debido a que dicha retribución no había sido aprobada de forma expresa por la junta general, tal y como exigen los estatutos. Lo particular del caso es que la junta general aprobó de forma expresa la retribución para el año 2011, y en 2015, con carácter retroactivo, ratificó las percibidas en ejercicios precedentes, en concreto 2013, 2014 y 2015, omitiéndose la ratificación de la retribución del ejercicio 2012 objeto de controversia.

El Alto Tribunal confirma el criterio dictado por las sentencias de primera y segunda instancia y desestima la demanda con base en la doctrina de los actos propios y la buena fe. Así, entiende que de las circunstancias del caso puede inferirse que la voluntad de los socios fue aprobar o ratificar todas las retribuciones percibidas por el administrador (años 2004 y 2009 a 2015) con motivo de su cese, obedeciendo posiblemente la falta de ratificación de la retribución del ejercicio 2012 (y su constancia en el acta) a un mero olvido o lapsus.

Recuerda, asimismo, que la formulación del acta no es un requisito de forma *ad solemnitatem* de las declaraciones de los socios, aunque constituya el medio previsto en la ley para fijar y preservar la declaración ya formada y otorgue ejecutividad a los acuerdos allí consignados.

En definitiva, concluye el Tribunal Supremo que la retribución percibida por el administrador es lícita, habiendo ejercitado los socios demandantes la acción social de responsabilidad con abuso de derecho, amparándose en un exceso de formalidad, al intentar eludir la voluntad mayoritaria de los socios de retribuir al administrador de forma continuada en un periodo prolongado de tiempo en el que se incluye el ejercicio controvertido.

2.1.6 ¿Quién debe ejercitar los derechos políticos de las participaciones ostentadas por una comunidad de bienes postganancial?

Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1ª, número 155/2023, de 2 de febrero de 2023

La Audiencia Provincial de Oviedo resuelve sobre la impugnación de los acuerdos adoptados por la junta general de socios celebrada con carácter de universal a la que el demandante, quien consta como socio en el libro registro de socios de la sociedad, alega no fue convocado.

Dichas participaciones integraban la sociedad de gananciales de la que el demandante formaba parte hasta su disolución, sin liquidación, por lo que la titularidad de dichas participaciones pasó a ostentarse por una comunidad de bienes *pro indiviso* formada por los excónyuges.

La sociedad demandada alega que los derechos políticos de las participaciones correspondientes a la comunidad postganancial fueron ejercidos correctamente por la excónyuge del demandante, de conformidad con el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

La audiencia provincial, al analizar el ejercicio de los derechos políticos del titular de las participaciones, es decir, la comunidad de bienes resultante de la disolución de la sociedad de gananciales sin liquidación, incide en la distinción entre lo que constituye la relación externa que atañe a los socios con la sociedad mercantil, de lo que supone la relación interna entre los sujetos que pueden ostentar algún derecho sobre tales participaciones, es decir, los partícipes de dicha comunidad. En lo que aquí interesa, lo decisivo viene a ser que el eventual nacimiento de esta comunidad del tipo *pro indiviso*, afectará únicamente al ámbito interno, es decir, a las relaciones entre los excónyuges en orden al régimen de administración y disposición de los bienes comunes, pero no a la legitimación externa de cada socio frente a la sociedad que seguirá rigiéndose por el libro registro, y cuyo contenido no puede ser alterado por tal circunstancia.

En definitiva, al continuar el demandante apareciendo en el libro registro de socios como titular de una serie de participaciones sociales, debió haber sido convocado a la junta impugnada, de manera que, la constitución de una junta universal sin su presencia supone la nulidad radical de todos los acuerdos adoptados en ella por vulneración del orden público societario.

2.1.7 Tras el fallecimiento del accionista de una sociedad, ¿puede su viuda intervenir en la junta de accionistas en su condición de miembro de la comunidad postganancial?

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª, número 37/2023, de 23 de enero de 2023

La presente sentencia analiza un supuesto de impugnación de los acuerdos adoptados en una junta general de accionistas, por haber sido negada la intervención en esta de la viuda de un accionista fallecido.

La audiencia provincial resuelve acerca de la naturaleza de la comunidad postganancial, en este caso concreto integrada por la viuda (y demandante) y los herederos del fallecido.

La audiencia, citando la doctrina jurisprudencial, recuerda que en la sociedad postganancial los miembros no tienen una cuota sobre cada uno de los bienes, sino sobre la totalidad del patrimonio hasta su liquidación, por lo que las acciones cuya titularidad se discute no pueden ser atribuidas a ninguno de sus partícipes hasta que no se realice la liquidación. Aplicando el artículo 398 del Código Civil, la sentencia reconoce a la viuda legitimación para intervenir en la junta en nombre de la comunidad postganancial, no así en nombre propio, sin necesidad de acuerdo expreso de sus componentes y ello a falta de cualquier otro acuerdo que conste fehacientemente o decisión judicial al respecto.

Asimismo, matiza la audiencia provincial que no se podrá exigir que la viuda demandante conste inscrita en el libro registro de acciones nominativas de la sociedad hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

2.1.8 No es posible adoptar acuerdos sociales en contra de un artículo de los estatutos inscritos, aunque sea contrario a una norma imperativa

Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 23 de enero de 2023.

En el supuesto analizado, los estatutos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada señalan que los acuerdos de la junta general se adoptarán por mayoría de capital, salvo que sean solo dos socios, en cuyo caso se aprobarán por unanimidad (circunstancia que ocurría en el presente caso). El registrador mercantil rechazó la inscripción de un acuerdo adoptado con el voto favorable del único socio que asistió a la junta general, titular de participaciones sociales que representan el 50% del capital social, al considerar que el acuerdo no había sido válidamente adoptado conforme a la mayoría estatutariamente prevista.

La sociedad recurre alegando que el artículo estatutario en cuestión había quedado sin efecto, ya que en una sociedad en la que existen dos socios (titulares cada uno de ellos del 50 % del capital social), la exigencia de adopción de acuerdos por mayoría requiere de facto la unanimidad, lo cual es contrario a una norma imperativa (artículo 200.1 de la Ley de Sociedades de Capital) que, por tanto, debe imponerse a los estatutos por la simple fuerza de la ley.

La Dirección General confirma la calificación negativa del registrador por entender que los estatutos de una sociedad mercantil, adoptados con sujeción a las normas de carácter imperativo, constituyen su norma suprema, debiendo ser respetados mientras no sean modificados y no pudiendo entenderse aprobado un acuerdo, como ocurre en el presente caso, cuando no cuente con el voto favorable de la mayoría prevista estatutariamente. Así, reiterando su doctrina registral consolidada, el centro directivo recuerda que dicha conclusión no se ve afectada por la situación fáctica en que pueda encontrarse la sociedad, dado el juego de las mayorías según los socios que en cada momento sean titulares de las participaciones en que se divide el capital social, y que pueda conducir a la imposibilidad de adoptar acuerdos, sin perjuicio de que dicha situación de bloqueo esté configurada legalmente como causa de disolución -artículo 363.d) de la Ley de Sociedades de Capital-.

2.1.9 Dos apoderados mancomunados pueden conferir poder a un tercero para que ejercite ciertas facultades solidariamente

Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 27 de abril de 2023.

Dos apoderados mancomunados otorgaron una escritura de poder a favor de una tercera persona para que, en nombre y representación de la sociedad, pueda hacer uso parcial de las facultades que ellos mismos tenían conferidas, disponiendo que algunas de ellas pudieran ser ejercitadas de forma solidaria (*i.e.* individualmente). El registrador mercantil rechazó la inscripción de la escritura al considerar que el juicio notarial de suficiencia de los poderes de los comparecientes en cuanto a determinadas facultades era incongruente ya que sólo pueden ejercitarlas con carácter mancomunado. En consecuencia, únicamente pueden sustituir a otro en esas facultades para que las ejerciten en los mismos términos (*i.e.* con carácter mancomunado), y no para que las ejerzan, aunque sea parcialmente, con carácter solidario.

La Dirección General estima el recurso y revoca la calificación. Si bien a partir del contenido de los poderes de los comparecientes se desprende que se les conceden concretas facultades (entre ellas, la de subapoderar a terceros para que también puedan llevarlas a cabo) y se les impone su ejercicio de forma mancomunada, ello únicamente condiciona la validez de las declaraciones de voluntad que emitan en ejercicio de dichos poderes (por ejemplo, que el subapoderamiento se hubiera otorgado por uno solo de los comparecientes), pero no limita el diseño del poder que otorguen por vía de la sustitución. En definitiva, se admite que dos apoderados mancomunados facultados para sustituir en el poder a una tercera persona y le confieran a esta determinadas facultades para ser ejercitadas individualmente.

2.2 Tributario

2.2.1 ISD.- El Tribunal Supremo continúa perfilando la forma de cálculo del valor del ajuar doméstico

Tribunal Supremo. Sentencia de 17 de enero de 2023

La regulación establece que el ajuar doméstico se valorará en el tres por ciento del importe del caudal relicto del causante, y que el valor así calculado se puede minorar en el 3% del valor catastral de la vivienda habitual del matrimonio.

El Tribunal Supremo (TS) ha establecido en los últimos años jurisprudencia sobre cómo debe interpretarse la presunción del 3% de valoración del ajuar doméstico prevista en el artículo 15 de la Ley del ISD, señalando que dicho porcentaje no se aplica sobre la totalidad de los bienes de la herencia, sino solo sobre aquellos que puedan afectarse, por su identidad, valor y función, al uso particular o personal del causante, con exclusión de todos los demás (por ejemplo, deben excluirse dinero, activos financieros, acciones y participaciones en empresas, etc.).

En esta reciente sentencia el TS señala que, de la misma forma que el valor del ajuar se calcula sobre el valor declarado, de referencia o comprobado de las viviendas a disposición del causante, la minoración que establece la norma también se puede aplicar sobre un valor superior al valor catastral de la vivienda habitual del matrimonio, no precisándose prueba para ello si tal valor superior resulta establecido administrativamente (valor de referencia).

2.2.2 IRPF.- Exención de la ganancia patrimonial en la enajenación de la vivienda habitual por reinversión en los casos de separación o divorcio

Tribunal Supremo. Sentencia de 5 de mayo de 2023

La transmisión de una vivienda por una persona física conlleva, con carácter general, una alteración en su patrimonio que genera una pérdida o ganancia a integrar en su IRPF en la base imponible del ahorro.

No obstante, la propia norma establece una serie de supuestos en los que se puede evitar la efectiva tributación de la eventual ganancia total o parcialmente, como es el supuesto de venta de la vivienda habitual cuando se reinvierte en una nueva vivienda que tendrá tal carácter.

En los últimos años se han producido diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo que han ido aclarando y delimitando los supuestos en los que aplica dicho beneficio fiscal, en muchos casos corrigiendo la interpretación restrictiva que venía haciendo la Inspección.

En su sentencia de 5 de mayo de 2023, el Tribunal Supremo aclara que en las situaciones de separación, divorcio o nulidad del matrimonio que hubieran determinado el cese de la ocupación efectiva como vivienda habitual para el cónyuge que ha de abandonar el domicilio habitual por tales causas, el requisito de ocupación efectiva de la vivienda habitual en el momento de la transmisión o en cualquier día de los dos años anteriores, se entenderá cumplido cuando tal situación concorra en el cónyuge que permaneció en la vivienda, a efectos de la aplicación de la exención de la ganancia patrimonial en la enajenación de la vivienda habitual por reinversión.

2.2.3 ISD/IRPF.- El Tribunal Supremo se pronunciará sobre si el incremento del justiprecio reconocido por sentencia judicial una vez acaecido el fallecimiento del causante debe tributar por el ISD o por el IRPF

Tribunal Supremo. Auto de 15 de marzo de 2023

El propósito del recurso de casación planteado es determinar si el aumento del justiprecio que se reconoce por sentencia judicial tras el fallecimiento del causante constituye un hecho imponible del ISD o si, por el contrario, el incremento patrimonial debe estar sujeto al IRPF como ganancia patrimonial del heredero.

La Sala reconoce que esta cuestión presenta interés casacional en vista de que no son extraños los casos donde se produce el fallecimiento del beneficiario que ha impugnado la determinación del justiprecio con carácter previo al pronunciamiento que resuelve de forma definitiva la fijación de la cantidad.

2.2.4 IP. Balance a tomar en consideración para valorar la empresa familiar

Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sentencia de 14 de octubre de 2022

Sin perjuicio de que en esta sentencia se tratan varias cuestiones de interés, como el análisis de criterios para determinar la afectación a la actividad de tesorería e inversiones financieras sobre la base de informes periciales y ratios financieros, nos vamos a centrar en la problemática del balance a considerar para valorar la empresa familiar en el caso de grupos de sociedades.

La normativa del Impuesto sobre el Patrimonio dispone que las acciones y participaciones de sociedades auditadas se valorarán por el valor teórico resultante del último balance aprobado.

En el supuesto analizado, la administración consideró que había que tomar en consideración el valor teórico resultante de las cuentas consolidadas del grupo, mientras que el contribuyente consideraba que había que utilizar el individual de la sociedad propiedad de las personas físicas.

El tribunal concluye que, siendo el Impuesto sobre el Patrimonio un impuesto personal, deben ser objeto de liquidación los bienes de su titularidad, por lo que para determinar la base imponible de este impuesto en relación con las participaciones hay que partir del último balance de la sociedad a considerar y no del balance consolidado del grupo.

2.2.5 IP.- Sobre la consideración o no de la vivienda habitual como elemento susceptible de producir rendimientos a los efectos del límite de la cuota íntegra de IP

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 11 de noviembre de 2022

La cuestión principal sobre la que resuelve esta sentencia es la posible consideración o no de la vivienda habitual como un elemento patrimonial susceptible de producir rendimientos gravados por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a efectos de lo dispuesto en el artículo 31.Uno de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio.

Al respecto, e interpretando una sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2011, indica el TSJ que la alusión al destino sería ociosa si no fuera para atender al destino concreto que el bien tenga en el patrimonio del sujeto pasivo, y no al que puede tener por razón de su naturaleza, dado que casi todos los bienes son susceptibles *per se* de producir rendimientos sujetos al IRPF.

De este modo, concluye el tribunal que, no existiendo elementos en el caso enjuiciado que permitan atisbar destino alguno a lograr y producir rendimientos gravados por el IRPF en relación con la vivienda habitual, y solo alegándose la mera potencialidad o aptitud genérica de poderlos producir, no es posible considerar que la vivienda habitual es un elemento susceptible de producir rendimientos a efectos del cálculo del límite de la cuota íntegra del IP.

Cabe recordar, por el contrario, que el criterio manifestado por la Dirección General de Tributos en su consulta vinculante V0875-22, de 25 de abril, es que la vivienda habitual no constituye un elemento improductivo a efectos del límite conjunto entre el IRPF y el IP.

2.2.6 IP.- En el cálculo de la exención en el IP de la empresa familiar, las necesidades de capitalización, solvencia, liquidez o acceso al crédito pueden acreditar la afectación a la actividad empresarial de activos representativos de la cesión de capitales a terceros

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sentencia de 16 de noviembre de 2022

Se plantea si la exención del artículo 4.Ocho de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio alcanza a los valores representativos de deuda a corto plazo que constan en el balance (en la cuenta contable 541) de una compañía dedicada a la actividad inmobiliaria con una estrategia empresarial de autofinanciarse y no solicitar ayuda financiera a terceros.

El TSJ se hace eco de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de enero de 2022, en la que puso de relieve que el hecho de que una parte del valor de la entidad esté constituido por la cesión de capitales a terceros no es obstáculo para aplicar la exención del artículo 4.Ocho de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, siempre que se acredite la afectación a los fines de la actividad económica de la sociedad, en concreto a las necesidades de capitalización, solvencia, liquidez o acceso al crédito.

Y afirma que es absolutamente razonable que la tesorería generada por la actividad de la sociedad en determinados momentos pueda invertirse en ese tipo de productos en el ámbito de una razonable gestión financiera y que, si la gestión financiera no es razonable o incluso es artificiosa, es la Administración la que debe probarlo.

En este caso concreto, concluye el TSJ que la documentación aportada por el contribuyente (un informe pericial emitido por el auditor de cuentas y otro emitido por un economista) justifica que los valores de renta fija a corto plazo reseñados están afectos a la actividad empresarial de la sociedad al tener por finalidad la obtención de liquidez para hacer frente a los gastos y costes necesarios para el cumplimiento de su objeto social, cumpliéndose con ello los requisitos que exige la sentencia del TS de 10 de enero de 2022 para aplicar la exención de empresa familiar en el Impuesto sobre el Patrimonio.

2.2.7 ISD.- Periodo a tomar en consideración para verificar el cumplimiento del requisito relativo a la retribución por el ejercicio de funciones directivas en caso de donación

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 23 de diciembre de 2022.

En el caso analizado, la Administración negó la aplicación de la reducción del 95% por la donación de unos padres a sus hijos de las participaciones en el capital de varias empresas, dado que entre el 1 de enero del año de la donación y la fecha de la donación nadie había percibido retribuciones por el ejercicio de funciones directivas.

La controversia se centra, por tanto, en determinar el periodo que se debe tomar en consideración para verificar el cumplimiento del ejercicio de funciones directivas retribuidas por parte de una de las personas del grupo de parentesco. A criterio del tribunal, se deben examinar los requisitos en el año en que se produce el devengo del impuesto, y no en el último ejercicio anterior finalizado, ni en la parte del año de la donación que va del 1 de enero a la fecha de la donación.

Además, defiende que, ante la duda, siempre ha de atenderse a una interpretación finalista de la norma, y concluye que en el supuesto analizado se cumplen los requisitos para disfrutar de la reducción del 95% del valor de las acciones donadas y, en particular, el relativo al ejercicio de las funciones de dirección retribuidas en el año de la donación.

2.2.8 ISD.- Los rendimientos de la actividad económica obtenidos con carácter previo a la aportación de la actividad a una sociedad no computan como retribución por funciones directivas en la citada sociedad

Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Sentencia de 25 de enero de 2023

En esta sentencia en primer lugar se analiza si la reducción en ISD por adquisición de la vivienda habitual del fallecido puede beneficiar a todos los herederos en un supuesto en el que finalmente se adjudica solo a uno de ellos.

En relación a esta cuestión, el tribunal acoge el criterio del contribuyente apoyándose en el criterio de la propia DGT en su consulta vinculante V2622-21, según el cual la reducción del artículo 20.2.c de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones beneficia por igual a los causahabientes en la sucesión de cumplirse los requisitos para ello. Y ello al margen de las adjudicaciones realizadas en la partición, salvo en aquellos supuestos en que el fallecido, mediante testamento, hubiera asignado dicha vivienda a un heredero concreto, en cuyo caso sólo se beneficiaría de dicha reducción el citado heredero. En virtud de lo anterior estima este motivo y reconoce el derecho a aplicar la citada reducción por todos los herederos, aunque en la partición se hubiera adjudicado la vivienda habitual del fallecido a uno solo de ellos.

Por otro lado, se plantea el derecho a la aplicación de la reducción de empresa familiar en un supuesto en que el fallecido había aportado a una sociedad pocos meses antes del fallecimiento una actividad empresarial que había venido desarrollando durante los años anteriores, habiendo tenido derecho a la aplicación de la exención del patrimonio empresarial dado que las rentas de la actividad económica habían constituido su principal fuente de renta, pero no habiendo cobrado nada de la sociedad desde que realizó la aportación hasta su fallecimiento pocos meses después.

En este caso, el contribuyente pretendía, sobre la base de una interpretación finalista de la norma y a los efectos de aplicar la reducción de empresa familiar en el ISD, que se computaran los rendimientos obtenidos en el ejercicio directo y personal de la actividad hasta el momento en que los bienes fueron aportados a la sociedad, como remuneraciones obtenidas en el ejercicio de funciones de dirección en dicha sociedad.

Sin embargo, el tribunal destaca que el causante estuvo de baja médica todo el año anterior al fallecimiento y se declaró su incapacidad permanente en grado absoluta, aspecto que entiende que no puede obviarse. Y señala, además, que no procede asimilar, a los efectos de cumplir el requisito del ejercicio de funciones directivas retribuidas, los rendimientos que hubiera obtenido de los bienes antes de la aportación, al entender que al ir contra el literal de la norma procede hacer una interpretación restrictiva y negar la aplicación del citado beneficio fiscal.

2.2.9 ISD.- El TEAC aclara el grado de parentesco cuando el matrimonio se encuentra disuelto en el momento del fallecimiento

Tribunal Económico-Administrativo Central. Resolución de 31 de enero de 2023

En esta resolución se analiza si, a efectos de la reducción en la base imponible y del coeficiente de patrimonio preexistente, procede incluir a la exmujer del fallecido en el grupo de parentesco II.

A pesar de que el parentesco por afinidad no se pierde a efectos del ISD con la extinción del vínculo matrimonial, no hay parentesco de afinidad entre los cónyuges, sino únicamente una relación que ha finalizado por divorcio con anterioridad al fallecimiento.

Concluye el TEAC que no procede una interpretación extensiva en materia de beneficios fiscales y, habiéndose extinguido el vínculo matrimonial en todos los ámbitos con el divorcio, no tiene sentido crear la ficción jurídica de que una vez celebrado el matrimonio, aún en caso de divorcio, los cónyuges tendrán la consideración de cónyuges durante toda su vida a efectos del ISD.

La Ley del ISD incluye en el grupo II de parentesco únicamente a los "cónyuges", por lo que procede reconocer dicha condición exclusivamente a los que lo fueran en la fecha de devengo del impuesto.

2.2.10 ISD.- Alcance de la reducción de empresa familiar en el ISD, supuesto de préstamo participativo concedido por una persona física a una empresa, y de un préstamo de una empresa a otra compañía

Tribunal Económico Administrativo Central. Resolución de 28 de febrero de 2023.

En esta Resolución se analiza el alcance de la reducción de empresa familiar en el ISD en relación con dos supuestos distintos.

En primer lugar, se cuestiona la consideración de un préstamo concedido por una empresa a otra compañía, contabilizado en la cuenta 542, como afecto a la actividad de esta a la hora de calcular el alcance de la reducción por adquisición *mortis causa* de la empresa familiar en el ISD.

El tribunal reconoce que, partiendo de la normativa y la doctrina del Tribunal Supremo, los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros se pueden considerar afectos a una actividad económica, siempre que se acredite que son necesarios para realizar la citada actividad, incluyendo las necesidades de capitalización, solvencia, liquidez o acceso al crédito.

No obstante, debido a que en el presente caso no se acreditó que el préstamo concedido fuera necesario para el desarrollo de la actividad empresarial, sino que el obligado tributario se limitó a realizar simples manifestaciones, se niega el carácter de afecto.

Por otro lado, el contribuyente trató de asimilar un préstamo participativo concedido por la persona física a una empresa, a las propias participaciones en dicha empresa que gozan de la reducción de empresa familiar en el ISD.

Sin embargo, dispone el TEAC que los préstamos participativos no son valores representativos de la participación en fondos propios de una entidad, sino que son valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios y, por tanto, no se les extiende la exención prevista en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio ni la reducción de empresa familiar en el ISD.

2.2.11 ISD.- Normativa aplicable en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en caso de percepción de indemnizaciones de seguros de vida cuando el causante es no residente

Tribunal Económico-Administrativo Central. Resoluciones de 31 de enero y 28 de febrero de 2023

En ambas resoluciones se analiza la normativa aplicable en caso de percepción de cantidades por beneficiarios de seguros de vida con cobertura de fallecimiento de un no residente, en los que el beneficiario del seguro no realiza ninguna adquisición en virtud de título sucesorio, esto es, no recibe nada de la herencia al margen del cobro del seguro.

La cuestión no es baladí, ya que la norma estatal establece unas reducciones “mínimas” en comparación con las bonificaciones y deducciones en cuota que establecen muchas comunidades autónomas para el supuesto de percepción de cantidades por beneficiarios de seguros de vida.

El TEAC, haciendo una interpretación literal de la norma, concluye que cuando el hecho imponible es la percepción de cantidades por los beneficiarios de seguros sobre la vida para caso de muerte y este se produce de forma aislada –el beneficiario no realiza ninguna adquisición en virtud de título sucesorio– la normativa aplicable es la estatal.

Esto genera un trato diferenciado de estos contribuyentes respecto de otros que sí pueden aplicar la normativa autonómica correspondiente (por ejemplo, en caso de que el beneficiario del seguro también sea heredero o legatario de algún bien en España), lo que supone que esta cuestión probablemente acabará siendo dirimida en los tribunales contencioso-administrativos.

2.2.12 ISD.- La renuncia a parte del derecho de cobro del cónyuge titular de unos bienes por la transmisión de participaciones a favor de su esposa es una transmisión lucrativa sujeta al ISD

Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V2421-22, de 22 de noviembre de 2022

Una persona casada en régimen de separación de bienes transmite a sus hijos y nietos la nuda propiedad de determinadas participaciones sociales en distintas sociedades. Como contraprestación a la transmisión de la nuda propiedad de las participaciones, el consultante y su esposa reciben una renta mensual vitalicia.

La DGT concluye que la renuncia a parte del derecho de cobro del cónyuge titular de los bienes por la transmisión de las participaciones en favor de su esposa es una transmisión lucrativa (donación) en la medida en que existen los elementos esenciales de la donación determinados por la normativa civil. Esto es, el empobrecimiento del donante, el enriquecimiento del donatario y la intención de hacer una liberalidad (*animus donandi*).

En cuanto al devengo del impuesto, determina que se produce en el momento en que se perfecciona el contrato y no en el momento en que se vayan cobrando las rentas pactadas.

Por último, en cuanto a la valoración de las rentas vitalicias, en la medida en que no existe en el ISD una norma específica de valoración, en opinión de la DGT habrá de estarse al valor que se considere como real en el momento del devengo pudiendo recurrir a estos efectos a la norma de valoración de las rentas vitalicias del ITPyAJD. En particular, se remite a la norma de valoración correspondiente a las pensiones.

2.2.13 ISD. La DGT acota las facultades de disposición sobre una cuenta indistinta de matrimonio en régimen de separación de bienes

Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V2605-22, de 22 de diciembre, de 2022.

Una persona casada en régimen de separación de bienes desea depositar en una cuenta bancaria de titularidad conjunta con su cónyuge una cantidad de dinero que va a recibir por el fallecimiento de su madre.

La DGT determina que el análisis de la propiedad del dinero depositado en cuentas bancarias de titularidad común requiere examinar las normas civiles y la jurisprudencia relativas a los depósitos bancarios. A este respecto, el análisis de la propiedad del dinero depositado en cuentas bancarias y la facultad de disposición sobre cuentas bancarias solidarias o indistintas exige distinguir entre titularidad de disposición y titularidad dominical. Además, en cuanto a la primera deben diferenciarse las facultades de disposición sobre una cuenta indistinta según vivan o haya fallecido alguno de los titulares.

Así pues, en primer lugar se debe distinguir entre titularidad de disposición y titularidad dominical, pues los fondos depositados en una cuenta bancaria abierta a nombre de dos o más titulares con el carácter de indistinta o solidaria no pertenecen por ese solo hecho a todos los cotitulares (la cotitularidad no determina, por sí sola, la existencia de un condominio, y menos por partes iguales), sino que lo que tal titularidad de disposición solidaria significa es que cualquiera de dichos titulares tendrá, frente a la entidad bancaria, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta.

La titularidad dominical sobre dichos fondos y, en su caso, la existencia de condominio sobre ellos habrá de venir determinada únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos de que se nutre dicha cuenta, cuestión que deberá ser probada fehacientemente por quien quiera hacer valer ese derecho frente a terceros.

Por lo tanto, el mero hecho de ingresar el dinero en una cuenta en que son titulares ambos cónyuges únicamente determina que cualquiera de los titulares tiene, frente a la entidad financiera, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, sin determinar la existencia de un condominio, y menos por partes iguales, sobre dicho saldo. Por el contrario, si con el depósito se pretendiera transmitir la totalidad o parte de los fondos al otro cónyuge, se produciría una donación y, por tanto, el cónyuge donatario debería tributar por la donación recibida.

Adicionalmente, la DGT distingue entre las facultades de disposición sobre una cuenta indistinta según vivan los cotitulares o haya fallecido alguno de ellos. Concluye que la disponibilidad total sobre el saldo de la cuenta sólo mantendrá su vigencia mientras vivan los cotitulares, pero no puede extenderse más allá de la muerte de alguno de ellos, ya que en ese momento entran en juego las disposiciones civiles de sucesión del fallecido. Es decir, a partir del momento del fallecimiento de uno de los cotitulares, el resto deja de tener facultad de disposición sobre la parte del saldo de la cuenta indistinta cuya titularidad dominical corresponda al fallecido, que debe integrarse en el caudal relicto del causante y pasar a sus causahabientes (herederos o legatarios).

2.2.14 ISD/IS.- Tributación en el Impuesto sobre Sociedades cuando la beneficiaria de una herencia es una entidad mercantil

Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V0012-23, de 5 de enero de 2023

Se pregunta cuál será el efecto en el ISD para el supuesto de que una persona renuncie a la herencia pura y simplemente, siendo sustituido vulgarmente por una entidad mercantil.

La DGT resuelve que, en la medida en que el heredero instituido renuncie a la herencia pura, simple y gratuitamente no quedará sujeto al ISD, correspondiendo en su caso al sustituto vulgar, si lo hubiere, o al beneficiario la correspondiente tributación.

En el supuesto de que el testamento instituya una sustitución vulgar, y concurra alguna de las condiciones fijadas, entre ellas la renuncia pura y simple del instituido heredero, se entenderá que él o los sustitutos heredan al causante, de modo que las liquidaciones tributarias tendrán como sujeto pasivo a los sustitutos que procedan a la aceptación de la herencia, aplicándose las normas generales del ISD. En particular, en la liquidación del sustituto, sujeto pasivo del ISD, se tendrá en cuenta su patrimonio preexistente y se atenderá a su parentesco por el causante.

En el resto de supuestos en los que el heredero instituido lleva a cabo la repudiación o la renuncia pura, simple y gratuita sin que el testamento instituya una sustitución vulgar, los beneficiarios de la misma tributarán por la adquisición de la parte repudiada, aplicando el coeficiente que corresponda a la cuantía de su patrimonio preexistente y se atenderá a su parentesco con el causante, salvo que el renunciante tenga señalado un coeficiente superior, en cuyo caso se tendrá en cuenta este último. No obstante, si reciben directamente otros bienes del causante sólo se aplicará lo anterior cuando la suma de las liquidaciones practicadas por la adquisición separada de ambos grupos de bienes fuese superior a la girada sobre el valor de todos, con aplicación a la cuota íntegra obtenida del coeficiente que corresponda al parentesco del beneficiario con el causante.

Sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto planteado, al ser la heredera una entidad mercantil, en virtud de la sustitución vulgar, no estará sujeta al ISD sino al IS, por lo que deberá integrar en su base imponible el valor de mercado de los elementos adquiridos en el periodo impositivo, debiendo hacerlo constar en la liquidación del IS.

2.2.15 ISD.- Fecha de devengo en el Impuesto sobre Sucesiones de los derechos del cónyuge viudo, en supuestos en que existe derecho de transmisión

Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V0482-23, de 1 de marzo, de 2023

La consulta plantea cuál es la fecha de devengo del ISD cuando el heredero (transmitente) fallece antes de la aceptación o repudiación de la herencia y, en consecuencia, transmite su derecho a suceder a sus herederos.

La Ley del ISD establece que el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante. Sin embargo, se añade que, en caso de existir limitaciones que impidan que la adquisición de bienes sea efectiva, el devengo se producirá el día en que dichas limitaciones desaparezcan. Consecuentemente, la DGT concluye que los herederos transmisarios no pueden aceptar la herencia y, por tanto, adquirir los bienes del primer causante hasta que el transmitente (segundo causante) fallece, de modo que la fecha de devengo del ISD respecto al primer causante tendrá lugar, en opinión de la DGT, el día del fallecimiento del segundo causante o heredero transmitente.

2.2.16 IRPF.- Determinación del valor de transmisión de participaciones sociales al cónyuge, a efectos del IRPF

Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V0565-23, de 10 de marzo, de 2023.

El consultante, titular del 80% de participaciones sociales de una sociedad, pretende adquirir de su cónyuge el 20% restante, y pasar a ser socio único de la entidad mercantil. La consulta plantea cuál es el valor de la transmisión para determinar la ganancia o pérdida patrimonial en el IRPF.

La DGT determina que el valor de transmisión a efectos del IRPF será el efectivamente satisfecho, siempre y cuando se acredite que éste se corresponde con el que habrían convenido partes independientes en condiciones normales de mercado. En este sentido, salvo prueba de que el importe efectivamente satisfecho se corresponde con el que habrían convenido partes independientes en condiciones normales de mercado, el valor de transmisión no podrá ser inferior al mayor de los dos siguientes: el valor del patrimonio neto resultante del balance correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de devengo del IRPF o el valor de capitalizar al tipo del 20% el promedio de los resultados de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a dicha fecha.

2.2.17 ITSGF. Tributación por obligación real en el Impuesto de Solidaridad de las Grandes Fortunas, respecto aquellos contribuyentes acogidos al régimen especial de trabajadores desplazados a territorio español

Consulta Vinculante V0420-23, de 24 de febrero, de 2023

El consultante, residente fiscal en Arabia Saudí, se plantea trasladar su residencia fiscal a España durante el año 2023, cumpliendo los requisitos para poder aplicar el régimen especial de trabajadores desplazados a territorio español. En este sentido la consulta

plantea si aquellos contribuyentes acogidos al régimen especial de trabajadores desplazados y que sean sujetos pasivos del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (ITSGF) tributan en este último por obligación real.

La DGT afirma que son sujetos pasivos de este impuesto, y en los mismos términos, los que lo sean del Impuesto sobre el Patrimonio. Por tanto, considerando esta identidad de sujetos pasivos entre ambos impuestos (IP e ITSGF), aquellos trabajadores que opten por tributar en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR), en el marco del régimen especial para desplazados que prevé la propia ley, lo harán por obligación real en el IP. En opinión de la DGT los trabajadores acogidos al régimen especial también tributarán por obligación real en el ITSGF.

En idéntico sentido se manifiesta la consulta número V0424-23, de la misma fecha.

2.2.18 IS.- Consideración de entidad patrimonial de una entidad cuyo activo está constituido principalmente por la explotación de licencias

Consulta Vinculante V0863-23, de 12 de abril, de 2023

Una entidad que forma parte de un grupo mercantil cuya actividad económica principal es la explotación y comercialización de juegos, constituye en el ejercicio 2019 otra sociedad con la intención de iniciarse en el juego *online* mediante la explotación de licencias de juego en línea.

En el ejercicio 2019 la entidad constituida obtuvo dos licencias para el desarrollo y explotación de la modalidad de apuestas y otros juegos *online*. Para ello, la entidad incurrió en importantes gastos e inversiones a fin de elaborar los proyectos técnicos, planes operativos, informes de seguridad, crear un servicio web de jugadores, desarrollar y homologar los sistemas técnicos de juego, así como la elaboración de informes de cumplimiento normativo y la realización de diversas tareas administrativas, entre otras. No obstante, hasta principios del año 2020 no obtuvo la aprobación final por parte de la Dirección General de Ordenación del Juego como operador de apuestas y otros juegos en línea. Para el inicio de la actividad no dispuso de personal propio, sino que utilizó medios personales de otras entidades del grupo para la realización de las labores necesarias y exigidas para el inicio de su actividad. El activo de la sociedad estaba constituido principalmente por las citadas licencias.

En el ejercicio 2022 la sociedad tenedora de las participaciones transmite a un tercero la totalidad de su participación dada la escasa viabilidad del proyecto y circunstancias del sector.

La consulta plantea la posibilidad de aplicar la exención prevista en el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades para plusvalías obtenidas en transmisión de acciones o participaciones en entidades. En la consulta, la DGT concluye que cumpliéndose los requisitos podrá aplicar la exención salvo que la entidad tuviera la consideración de entidad patrimonial de acuerdo con lo previsto en el IS.

En relación con su consideración como entidad patrimonial, la DGT concluye que no lo es dado que la actividad desarrollada por la sociedad no es una sucesión de actuaciones meramente preparatorias de la actividad de comercialización del juego *online*, sino que se trata de un eslabón de la referida actividad comercial que ha determinado una secuencia de actuaciones claramente tendentes a la producción o distribución de bienes y servicios en el mercado.

Más información:

[Departamento de Empresa Familiar](#)

Síguenos:



GARRIGUES

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

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

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

garrigues.com