

PECVNIA

Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales
Universidad de León

2011

12

PECVNIA

Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales
Universidad de León

Pecvnia (Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de León) es una publicación semestral con una marcada orientación interdisciplinar e intercultural. Su temática abarca todas las áreas del saber que confluyen en el mundo contemporáneo de la economía y la empresa. Con carácter anual se edita también un número monográfico.

Pecvnia da cabida a aportaciones científicas originales. El Consejo de Redacción, oído el parecer de los miembros del Consejo Asesor, compuesto por especialistas externos a la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de León, publica los originales seleccionados. Los trabajos pueden estar redactados en español, francés o inglés. Teniendo en cuenta la calidad excepcional del trabajo, el Consejo de Redacción estudiará la aceptación de investigaciones presentadas en otras lenguas. Si ese fuera el caso, los resúmenes irán en español e inglés.

Pecvnia está referida en los siguientes índices, catálogos y bases de datos:

- Latindex, Sistema regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal. Universidad Nacional Autónoma de México.
- DICE, (Difusión y Calidad Editorial de las Revistas Españolas de Humanidades y Ciencias Sociales y Jurídicas). Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) y Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA).
- ISOC, Ciencias Sociales y Humanidades. Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología (IEDCYT-CSIC).
- Dialnet, Portal de difusión de la producción científica hispana. Universidad de La Rioja.
- IN-RECS, Índice de impacto Revistas Españolas de Ciencias Sociales. EC3, Grupo de Investigación Evaluación de la Ciencia y de la Comunicación Científica, Universidad de Granada.
- Base de Dades de Sumaris. Consorci de Biblioteques Universitàries de Catalunya.
- MIAR, Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes. Programa de Estudios y Análisis del Ministerio de Educación y Ciencia; Departament de Biblioteconomia i Documentació, Universitat de Barcelona.
- COMPLUDOC, Base de datos de artículos de revistas. Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid.
- ULRICH'S periodicals directory. ProQuest.
- DOAJ (Directory of Open Access Journals). Lund University Libraries.
- E-revistas, Plataforma Open Access de Revistas Científicas Españolas y Latinoamericanas. Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología (IEDCYT-CSIC).

Open access: *Pecvnia* y el acceso abierto

Pecvnia promueve el acceso abierto a la literatura científica y facilita a los investigadores el libre acceso a los artículos desde el momento de su publicación. Los textos completos de todos los trabajos publicados están disponibles sin restricciones en la página web de la revista y en las siguientes plataformas:

Dialnet: <http://dialnet.unirioja.es/>

DOAJ: <http://www.doaj.org/>

E-revistas: <http://www.erevistas.csic.es/>

La política editorial de la revista respecto al acceso a sus textos y archivos figura en el Directorio Dulcinea <http://www.accesoabierto.net/dulcinea/>

Redacción y correspondencia:

PECVNIA

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

UNIVERSIDAD DE LEÓN

Campus de Vegazana, s/n

24071 León (España)

u l e p e c @ u n i l e o n . e s

<http://www3.unileon.es/pecvnia/pecvnia.htm>

© Universidad de León, Área de Publicaciones

© Los autores

ISSN: 1699-9495

Depósito Legal: LE-1514-2005

Maquetación: Pilar Fernández Cañón

Impresión: Universidad de León. Servicio de Imprenta

CONSEJO ASESOR

Temí Abimbola	<i>Univ. of Warwick (Reino Unido): Comercialización e Investigación de Mercados</i>
Manuel Ahijado Quintillán	<i>Univ. Nacional de Educación a Distancia: Fundamentos del Análisis Económico</i>
José Ignacio Alonso Cimadevilla	<i>Inst. Nacional de Estadística (León): Estadística e Investigación Operativa</i>
Alejandro Álvarez Béjar	<i>Univ. Nacional Autónoma de México (UNAM): Economía Aplicada</i>
Ana María Arias Álvarez	<i>Univ. de Oviedo: Contabilidad</i>
Valentín Azofra Palenzuela	<i>Univ. de Valladolid: Economía Financiera</i>
Laurentino Bello Acebrón	<i>Univ. de La Coruña: Comercialización e Investigación de Mercados</i>
Mario Biondi	<i>Univ. de Buenos Aires (Argentina): Contabilidad</i>
José María Bravo Gozalo	<i>Univ. de Valladolid: Filología Inglesa</i>
Manuel Breva Claramonte	<i>Univ. de Deusto: Filología Inglesa</i>
Jaime Cabeza Pereiro	<i>Univ. de Vigo: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</i>
Rafael Calvo Ortega	<i>Univ. Complutense de Madrid: Derecho Financiero y Tributario</i>
M ^a Teresa Cancelo Márquez	<i>Univ. de Santiago de Compostela: Economía Aplicada</i>
Hilario Casado Alonso	<i>Univ. de Valladolid: Historia e Instituciones Económicas</i>
José Luis Chamosa González	<i>Univ. de León: Filología Inglesa</i>
Jean-Guy Degos	<i>Institut d'Administration des Entreprises. Burdeos (Francia): Historia de la Contabilidad</i>
Rafael Donoso Anes	<i>Univ. de Sevilla: Historia de la Contabilidad</i>
Fabián Estapé i Rodríguez	<i>Univ. de Barcelona: Economía Aplicada</i>
Ana Isabel Fernández Álvarez	<i>Univ. de Oviedo: Economía Financiera</i>
Esteban Fernández Sánchez	<i>Univ. de Oviedo: Organización de Empresas</i>
Luisa Fronti de García	<i>Univ. de Buenos Aires (Argentina): Contabilidad</i>
Juan Manuel de la Fuente Sabaté	<i>Univ. de Burgos: Organización de Empresas</i>
Montserrat Gárate Ojanguren	<i>Univ. del País Vasco: Historia e Instituciones Económicas</i>
Ricardo García Macho	<i>Univ. Jaume I: Derecho Administrativo</i>
Myriam García Olaya	<i>Univ. de Cantabria: Economía Financiera</i>
Isabel García Planas	<i>Univ. Politécnica de Cataluña: Matemática Aplicada</i>
José Luis García Suárez	<i>Univ. de Oviedo: Contabilidad</i>
Avelino García Villarejo	<i>Univ. de Valladolid: Economía Aplicada</i>
José Luis García-Pita y Lastres	<i>Univ. de La Coruña: Derecho Mercantil</i>
Francesco Giunta	<i>Univ. degli Studi di Firenze (Italia): Contabilidad</i>
Andrés González Carmona	<i>Univ. de Granada: Estadística e Investigación Operativa</i>
Klaus Grunert	<i>Aarhus Univ. (Dinamarca): Comercialización e Investigación de Mercados</i>
Luis Ángel Guerras Martín	<i>Univ. Rey Juan Carlos: Organización de Empresas</i>
Fernando Gutiérrez Hidalgo	<i>Univ. Pablo de Olavide: Historia de la Contabilidad</i>
Ramón Gutiérrez Jáimez	<i>Univ. de Granada: Estadística e Investigación Operativa</i>
Esther Hernández Longas	<i>Univ. de Alcalá: Filología Francesa</i>
Juan Hernangómez Barahona	<i>Univ. de Valladolid: Organización de Empresas</i>
Rafael Herreras Pleguezuelo	<i>Univ. de Granada: Economía Aplicada</i>
Esteban Indurain Eraso	<i>Univ. Pública de Navarra: Análisis Matemático</i>
Marko Järvenpää	<i>Univ. de Jyväskylä (Finlandia): Contabilidad</i>
Ronald Kamin	<i>Institut Supérieur du Commerce (ISC), Paris (Francia): Comercialización e Investigación de Mercados</i>
Antonio López Hernández	<i>Univ. de Granada: Contabilidad</i>
Paul D. McNelis	<i>Fordham University, New York (USA): Contabilidad</i>

Miguel Ángel Malo Ocaña	<i>Univ. de Salamanca: Fundamentos del Análisis Económico</i>
Fernando Manrique López	<i>Univ. de Deusto: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</i>
José Ramos Pires Manso	<i>Univ. de Beira Interior (Portugal): Economía Aplicada</i>
Danuta Marciniak-Neider	<i>Univ. of Gdarisk (Polonia): Comercialización e Investigación de Mercados</i>
Jesus Martínez Girón	<i>Univ. de La Coruña: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</i>
Urbano Medina Hernández	<i>Univ. de la Laguna: Economía Financiera</i>
Alejandro Menéndez Moreno	<i>Univ. de Valladolid: Derecho Financiero y Tributario</i>
Alberto de Miguel Hidalgo	<i>Univ. de Salamanca: Economía Financiera</i>
Mario J. Miranda	<i>Victoria University, Melbourne (Australia): Comercialización e Investigación de Mercados</i>
José Ignacio Morillo-Velarde Pérez	<i>Univ. Pablo de Olavide: Derecho Administrativo</i>
María Manuela dos Santos Natário	<i>Instituto Politécnico da Guarda (Portugal): Economía Aplicada</i>
José Emilio Navas López	<i>Univ. Complutense de Madrid: Organización de Empresas</i>
José Manuel Otero Lastres	<i>Univ. de Alcalá: Derecho Mercantil</i>
Ewa Oziewicz	<i>Univ. of Gdarisk (Polonia): Economía Aplicada</i>
Ricardo J.M. Pahlen Acuña	<i>Univ. de Buenos Aires (Argentina): Contabilidad</i>
Antonio Pascual Acosta	<i>Univ. de Sevilla: Estadística e Investigación Operativa</i>
Aldo Pavan	<i>Univ. degli Study di Cagliari (Italia): Contabilidad</i>
Lourdes Pérez González	<i>Univ. de Oviedo: Filología Francesa</i>
Alicia Ponce Rodríguez	<i>Rubiera S.A. (León): Matemática Aplicada</i>
Francisco Javier Quesada Sánchez	<i>Univ. de Castilla-La Mancha: Contabilidad</i>
Victor V. Raitarovsky	<i>Univ. Internacional de Moscú (Rusia): Filología Románica</i>
Ignacio Rodríguez del Bosque	<i>Univ. de Cantabria: Comercialización e Investigación de Mercados</i>
Carlos Rodríguez Palmero	<i>Univ. de Valladolid: Economía Aplicada</i>
Mark E. Rosa	<i>Univ. de New Orleans, Louisiana (USA): Economía Financiera</i>
Luis Ruiz-Maya Pérez	<i>Univ. Autónoma de Madrid: Economía Aplicada</i>
M ^a Isabel Sánchez Sánchez-Amaya	<i>Univ. del País Vasco: Economía Aplicada</i>
Vida Skudiene	<i>ISM Vadybos ir Ekonomikos Universitetas, Kaunas (Lithuania): Organización de Empresas</i>
Francisco Sosa Wagner	<i>Univ. de León: Derecho Administrativo</i>
Isabel Suárez González	<i>Univ. de Salamanca: Organización de Empresas</i>
Luis Julio Tascón Fernández	<i>Univ. de Oviedo: Historia e Instituciones Económicas</i>
José Manuel Tejerizo López	<i>Univ. Nacional de Educación a Distancia: Derecho Financiero y Tributario</i>
John A. Thorp	<i>Regent's College London (Reino Unido): Economía Financiera</i>
Juan Trespalacios Gutiérrez	<i>Univ. de Oviedo: Comercialización e Investigación de Mercados</i>
Rodolfo Vázquez Casielles	<i>Univ. de Oviedo: Comercialización e Investigación de Mercados</i>
Luis Antonio Velasco San Pedro	<i>Univ. de Valladolid: Derecho Mercantil</i>
Gianfranco Antonio Vento	<i>Univ. Telematica "Guglielmo Marconi", Roma (Italia): Economía Financiera</i>
Demetris Vrontis	<i>Univ. of Nicosia (Chipre): Comercialización e Investigación de Mercados</i>
Eduardo Zepeda Miramontes	<i>United Nations Development Programme: International Poverty Centre, Brasilia (Brasil): Economía Aplicada</i>

CONSEJO DE REDACCIÓN

José Luis Placer Galán	Univ. de León: DIRECTOR
Mar García Casado	Univ. de León: SECRETARIA
Juan Luis Martínez Casado	Univ. de León: SECRETARIO ADJUNTO
Dolores Albarracín	<i>Univ. of Illinois at Urbana-Champaign (USA): Comercialización e Investigación de Mercados</i>
Carlos Arias Sampedro	<i>Univ. de León: Fundamentos del Análisis Económico</i>
Germán Barreiro González	<i>Univ. de León: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</i>
Jesús Basulto Santos	<i>Univ. de Sevilla: Métodos Cuantitativos para la Economía y la Empresa</i>
Jaime Bonache	<i>Cranfield University (Reino Unido): Organización de Empresas</i>
Roque Brinckmann	<i>Univ. Federal de Santa Catarina (Brasil): Economía Financiera</i>
Giuseppe Catturi	<i>Univ. degli Studi di Siena (Italia): Contabilidad</i>
Angustias Díaz Gómez	<i>Univ. de León: Derecho Mercantil</i>
Mario Díaz Martínez	<i>Univ. de León: Filología Inglesa</i>
José Manuel Díez Modino	<i>Univ. de León: Economía Aplicada</i>
Miguel A. Fajardo Caldera	<i>Univ. de Extremadura: Métodos Cuantitativos para la Economía y la Empresa</i>
José Luis Fanjul Suárez	<i>Univ. de León: Economía Financiera</i>
Josefa Eugenia Fernández Arufe	<i>Univ. de Valladolid: Economía Aplicada</i>
José Miguel Fernández Fernández	<i>Univ. de León: Contabilidad</i>
Richard K. Fleischman	<i>John Carroll Univ., Cleveland, Ohio (USA): Contabilidad</i>
Ana Frankenberg-García	<i>Inst. Sup. de Línguas e Administração de Lisboa (Portugal): Filología Inglesa</i>
Javier Gómez Pérez	<i>Univ. de León: Matemática Aplicada</i>
José Luis Goñi Sein	<i>Univ. Públ. de Navarra: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</i>
Pere Grima Cintas	<i>Univ. Politècnica de Catalunya: Estadística e Investigación Operativa</i>
Agustín Hernández Bastida	<i>Univ. de Granada: Métodos Cuantitativos para la Economía y la Empresa</i>
Esteban Hernández Esteve	<i>Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA): Historia de la Contabilidad</i>
Erzsébet Hetesi	<i>Szegedi Tudományegyetem (Hungria): Comercialización e Investigación de Mercados</i>
David Hillier	<i>Univ. of Leeds (Reino Unido): Economía Financiera</i>
Rüdiger Kaufmann	<i>Univ. of Nicosia (Chipre): Comercialización e Investigación de Mercados</i>
Kevin Keasey	<i>Univ. of Leeds (Reino Unido): Economía Financiera</i>
Dmitry Vladimirovich Kuzin	<i>Univ. Internacional de Moscú (Rusia): Economía Financiera</i>
Juan Lanero Fernández	<i>Univ. de León: Filología Inglesa</i>
Hermenegildo López González	<i>Univ. de León: Filología Francesa</i>
Francisco López Menudo	<i>Univ. de Sevilla: Derecho Administrativo</i>
Timoteo Martínez Aguado	<i>Univ. de Castilla-La Mancha: Economía Aplicada</i>
Francisco Javier Martínez García	<i>Univ. de Cantabria: Contabilidad</i>
Manuel Molina Fernández	<i>Univ. de Extremadura: Estadística e Investigación Operativa</i>
M ^a Jesús Mures Quintana	<i>Univ. de León: Estadística e Investigación Operativa</i>
Mariano Nieto Antolín	<i>Univ. de León: Organización de Empresas</i>
José Luis Placer Galán	<i>Univ. de León: Comercialización e Investigación de Mercados</i>
Antonio Pulido San Román	<i>Univ. Autónoma de Madrid: Economía Aplicada</i>

Tomás Quintana López *Univ. de León: Derecho Administrativo*
Héctor Ramos Romero *Univ. de Cádiz: Estadística e Investigación Operativa*
José Luis Rojo García *Univ. de Valladolid. Economía Aplicada*
Eduardo Scarano *Univ. de Buenos Aires (Argentina): Contabilidad*
Regio Marcio Toesca Gimenes *Univ. Paranaense, Umuarama (Brasil): Contabilidad*
Manuela Vega Herrero *Univ. de León: Derecho Financiero y Tributario*
Juan Ventura Victoria *Univ. de Oviedo: Organización de Empresas*
Alain Verschoren *Univ. Antwerpen (Bélgica): Matemática Aplicada*
Claudio Vignali *Leeds Metropolitan Univ. (Reino Unido): Comercialización e Investigación de Mercados*

PECVNIA

Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales
Universidad de León

ISSN 1699-9495

Núm. 12

2011

SUMARIO

María Angustias Díaz Gómez	1-70
La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada	
Carlos Miguélez del Río	71-89
La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales y su sucesión	
María Angustías Díaz Gómez y Elicio Díaz Gómez	91-118
Reflexiones sobre el Real Decreto español 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares	
Alfonso García-Moncó	119-132
La empresa familiar en la Ley de Sociedades de Capital: Implicaciones fiscales	
Pablo Arraiza Jiménez	133-147
El concurso de acreedores desde la óptica de la sociedad familiar	
Carlos Carbajo Nogal	149-190
La potestad reguladora de las Comunidades Autónomas en materia del ISD y su reflejo en las transmisiones de empresas familiares	
María Teresa Mata Sierra	191-208
La incidencia del parentesco en la aplicación de la bonificación en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones en la transmisión de una empresa familiar (al hilo de la Sentencia núm. 465/2007 de 25 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª)	
Rafael Calvo Ortega	209-218
Problemas actuales de la economía social. En particular, de las sociedades participativas	
Ana Lanero Carrizo, José Luis Vázquez Burguete, Pablo Gutiérrez Rodríguez y María Purificación García Miguélez	219-243
Evaluación de la conducta emprendedora en estudiantes universitarios. Implicaciones para el diseño de programas académicos	

SUMARIO

Agustín Guillermo Turiel Martínez	245-269
Incentivos a la creación de empresas en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas	
Salvador Rus	271-276
Fernando el Católico. El oficio de rey como una empresa familiar	
Pedro Rosón Silván	277-316
El nuevo régimen de las operaciones vinculadas	
Normas de Publicación	317-318

LA EMPRESA FAMILIAR Y SU ORGANIZACIÓN EN FORMA DE SOCIEDAD MERCANTIL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

María Angustias Díaz Gómez¹
madiag@unileon.es

Universidad de León

fecha de recepción: 01/04/2011
fecha de aceptación: 02/05/2011

Resumen

En este trabajo, tras unas consideraciones generales sobre la Empresa Familiar, analizamos, en primer lugar, los tipos sociales mercantiles que puede adoptar en España la Sociedad Familiar, haciendo un repaso de las formas sociales típicas reconocidas por el legislador, reflexionando sobre sus ventajas e inconvenientes. En segundo lugar, nos centramos en el estudio del régimen jurídico de las dos Sociedades Capitalistas más representativas, la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, analizando sus rasgos comunes, todo ello con el fin de dilucidar cuál se adapta mejor a las particularidades de la Sociedad Familiar. En tercer lugar, considerando que la Sociedad de Responsabilidad Limitada es la forma jurídica de creación de Sociedades Familiares más utilizada, se le dedica especial atención, destacando las divergencias fundamentales de regulación entre esta sociedad y la Sociedad Anónima. Asimismo se estudia la Sociedad Limitada Nueva Empresa, como subtipo de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Como conclusión, se trata de arrojar luz sobre la elección preferente de la Sociedad de Responsabilidad Limitada como forma jurídica de constitución de la Sociedad Familiar y, al mismo tiempo, de examinar, desde una perspectiva crítica, la normativa que le resulta aplicable.

Palabras clave: Empresa familiar y tipos sociales; Sociedad Anónima y empresa familiar; Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Limitada Nueva Empresa y empresa familiar.

¹ Catedrática de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Campus de Vegazana, s/n, 24071-León (España).

Abstract

In this work, after a few general considerations on the Family enterprise, we analyze, first, the types of mercantile companies that the Familiar Company can adopt in Spain, doing a revision of the social typical forms recognized by the legislator, thinking about his advantages and disadvantages. Secondly, we centre on the study of the juridical regime of both most representative Capitalist Companies, the public limited liability company and the Private limited company, analyzing his common features, all this in order to explain which one adapts better to the particularities of the Familiar Company. Thirdly, considering that the Private limited company is the juridical form of creation of Familiar Companies most used, one dedicates special attention, emphasizing the fundamental differences of regulation between this company and the public limited liability company. Likewise we study the Limited Company New Company, as subtype of the Private limited company. As conclusion, it is a question of clarifying the preferential choice of the Private limited company as juridical form of constitution of the Familiar Company and, at the same time, to examine, from a critical perspective, the regulation that him is applicable.

Keywords: Family business and types of companies; Public limited liability company and family business; Private limited company, Private new limited company and family business.

1. Introducción

El protagonismo de la empresa familiar en el tejido productivo es absolutamente evidente². En términos estadísticos se comprueba que, tanto en nuestro país como a nivel mundial, estas empresas desempeñan un papel fundamental en la creación de riqueza y empleo³. A este respecto el Instituto de la Empresa Familiar, que agrupa a un centenar de empresas líderes en sus sectores de actividad (entre otras Inditex, Ferrovial, Acciona, Puig, Planeta, Mercadona, Mango, Almirall, Barceló o Catalana Occidente), con una facturación media por compañía de 1.000 millones de euros, proporciona unas cifras suficientemente expresivas de la implicación de la empresa familiar en la actividad económica.

² Un análisis más detenido de la empresa familiar puede verse en AA.VV. (1995) y en AA.VV. (2005). Dentro de este, véase GARRIDO DE PALMA.

³ Se han analizado con profusión datos relativos a la importancia económica de las empresas familiares. Por citar algún ejemplo de análisis de la situación de estas empresas en el contexto europeo, podemos traer a colación el estudio sobre «*The Role of Family Business in the European Economy Family Business Report*» de Ernst & Young, que aparece rotulado en el 2010 como «*Flexible, focused and forward-looking. How a distinctive business approach is sustaining family firms though the downturn*». Entre otros extremos se hace hincapié en que estas empresas se encuentran en mejor situación para salir de la crisis. Véase [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Flwixible,_focused_and_forward-looking/\\$FILE/Family%2Obusiness%20report%200410k.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Flwixible,_focused_and_forward-looking/$FILE/Family%2Obusiness%20report%200410k.pdf). Se recuerda que aunque generalmente tienen menor tamaño, suelen poseer un gran potencial de crecimiento y rentabilidad.

Según estos datos en España la empresa familiar representa el 85% del total de las empresas y el 70% sobre el Producto Interior Bruto (PIB) y empleo privado. Conforme a esta misma fuente, en las 2,9 millones de empresas familiares existentes pueden contabilizarse 13,9 millones de empleos. Según la información proporcionada por este Instituto, en la Unión Europea la empresa familiar supone un 60% sobre el total de las empresas y un 25% de las cien primeras empresas. Los 17 millones de empresas familiares de la Unión Europea cubren 100 millones de empleos. A su vez en Estados Unidos, según estos mismos datos, el 80% del total de las empresas son empresas familiares, generando el 50% del total del empleo⁴.

La empresa familiar es una realidad económica, social y jurídica que no cuenta con una definición legal precisa y unívoca que aglutine todos los aspectos que confluyen en la misma (Gallo, 1995; Quijano, 2002; Cerdá Albero, 2004; Roca Junyent, 2005). Como señalara con acierto la doctrina (Vicent Chuliá, 2002; Cerdá Albero, 2004) el concepto de empresa es "plurívoco", designando realidades distintas: "Empresa-sujeto-organización; Empresa-establecimiento; Empresa-patrimonio; y Empresa-actividad".

De las realidades mencionadas, como subraya esta misma doctrina, la más importante es la relativa a la Empresa-sujeto-organización. Desde esta perspectiva, la Empresa-sujeto-organización puede revestir las siguientes configuraciones: en primer lugar, la de empresa individual formada por una persona soltera, viuda o por uno de los cónyuges. En segundo lugar, adoptando la forma de Sociedad Familiar. Es más, como señalara la doctrina autorizada (Vicent Chuliá, 2005) la figura de la Empresa Familiar "trata de armonizar dos importantes instituciones sociales regidas por valores antagónicos: por el rendimiento y los resultados (Empresa) y por la protección y lealtad (Familia) e intenta planificar el desarrollo de ambas instituciones para potenciar sus sinergias... haciendo que superen el tránsito de la segunda y tercera generación sin disolverse". A este respecto Vicent Chuliá (2005) contrapone dos grandes conceptos de Empresa Familiar. Por un lado, la "*Microempresa Familiar*, entendida como pequeña comunidad de trabajo no asalariado"; y, por otro, la "*Sociedad Familiar de Capital*", que es la relevante para el Derecho Mercantil.

A fin de hallar un concepto que compendie las diversas características configuradoras de la empresa familiar conviene no perder de vista que, ante todo, estamos ante una empresa, esto es ante una organización de capital y trabajo destinada a la producción o distribución de bienes o servicios para el mercado. El carácter familiar de esta empresa suele entenderse como expresivo de que la propiedad o el poder de decisión de la empresa corresponden, total o parcialmente a un grupo de personas que suelen ser parientes consanguíneos o afines entre sí⁵.

No obstante, esta caracterización es meramente aproximativa, habida cuenta que en estas empresas la inescindible vinculación entre la empresa y la familia implica la concurrencia de otros rasgos definitorios de la misma que vienen a perfilar, junto con los

⁴ Disponible en <http://www.iefamiliar.com/web/es/>.

⁵ Vid. el Preámbulo del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, *por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares*.

anteriores, su caracterización. Baste pensar en que en estas empresas importa la identidad y personalidad de los integrantes de la empresa, que la dirección y gestión de la empresa está a cargo de los miembros de la familia; que en ellas está presente el deseo de que el negocio familiar emprendido por su fundador sea continuado por las posteriores generaciones⁶ o la característica frecuente de que algunos o muchos de los miembros de la familia trabajen en la empresa.

Las propuestas doctrinales de definición de la empresa familiar, especialmente la constituida en forma de sociedad, han sido numerosas y proceden de la doctrina, así como de diversas instancias y organizaciones.

En torno a la definición se ha suscitado abundante debate, habida cuenta que la tipología de empresas familiares que pueden existir es tan variada que resulta harto difícil abarcar todas ellas bajo un mismo paraguas conceptual (Rodríguez Artigas, 2005). Y es que, como ya apuntara Iglesias Prada (1994), la expresión "Empresa familiar" "identifica una realidad económica y social mediante el recurso a un concepto metajurídico". Con todo, hemos de recordar la opinión autorizada de este autor, cuando señalaba que lo más característico de la empresa familiar es algo de contornos tan imprecisos como "la existencia de vínculos familiares entre quienes disponen del poder de control sobre las decisiones empresariales y la gestión del negocio, de forma que la unidad de dirección en el ejercicio de la actividad empresarial se asegura, precisamente, a través de esos vínculos".

En la doctrina cabe también traer a colación la caracterización efectuada por Vicent Chuliá (2005) de la que designa como "Sociedad Familiar de Capital", según la cual: "Es un sujeto-empresa de cierta dimensión que crean una o varias familias, organizado en una Sociedad o Grupo de Sociedades, que se transmite en sucesivas generaciones manteniendo unida la organización y valores familiares y la organización y gestión de la empresa". Se advierte así que el control estable por la familia es un elemento nuclear en la Sociedad Familiar (Corbetta, 1995). En la Empresa Familiar como destaca con acierto Vicent Chuliá (2002) "coinciden generalmente tres factores, a saber: la *propiedad* (o control), la *gestión*, y el hecho y la *consciencia de formar parte de una familia*, a veces compuesta por diversas estirpes o ramas familiares". Algunos autores diferencian entre la auténtica "Empresa Familiar", que se acaba de describir, y la "Empresa de Capital Familiar", en la cual los componentes de la familia no se ocupan de la gestión, delegándola en otras personas (Gallo, 1995).

Si bien la *Ponencia para el Estudio de la Problemática de la Empresa Familiar* que se creó en el Senado, y a la que luego aludiremos, no consideró oportuno definir la Empresa Familiar, entendió razonablemente y con buen criterio (Rodríguez Artigas, 2005) que las principales características de buena parte de las Empresas Familiares pueden sintetizarse así:

⁶ Esta nota del deseo de permanencia de la empresa en poder de la familia es matizado por PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ (2005: 17), ya que -salvo en los supuestos de constitución de empresas para actividades temporales- suele concurrir en todas las empresas.

“que una familia... tenga una participación importante, que normalmente es la mayoría del capital; que en base a dicha participación la familia pueda ejercer el control de la empresa; que la familia participe en la gestión de la empresa, ocupando normalmente para el supuesto de empresas societarias la totalidad o la mayoría en el Consejo de administración; que exista, por parte de la familia, una voluntad de continuidad en el proyecto familiar, incorporando en la propiedad y/o en la gestión o dirección, a las siguientes generaciones de la familia”.

Una de las últimas definiciones proviene de las dos principales instituciones internacionales representantes de la empresa familiar. Este concepto fue aprobado en Bruselas el 27 de marzo de 2008 por el *Grupo Europeo de Empresas Familiares* (GEEF) y en Milán por el *Family Business Network* (FBN) el 7 de abril de ese mismo año. Los rasgos característicos que conforman la definición son los siguientes: a) no es el tamaño de la empresa lo que caracteriza la empresa familiar organizada en forma societaria; b) sí es característico de la sociedad familiar que la persona o personas de la familia cuenten, directa o indirectamente, con la mayoría de votos; c) al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la sociedad; d) tratándose de sociedades cotizadas se consideran empresas familiares si la persona que fundó o adquirió la compañía (su capital social), o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto a los que da derecho el capital social⁷.

Con todo, pese a la importancia de la empresa familiar ni el Ordenamiento Jurídico español ni el comunitario disponen de regulación específica de las mismas. No obstante, en el panorama comparado nos encontramos con una definición de empresa familiar en el art. 230bis del *Codice civile*, en el que, además de delimitar el núcleo subjetivo de la empresa familiar, figura como eje central de dicha definición el trabajo del empresario y los miembros de la familia.

En el ámbito comunitario, cabe destacar no obstante el intento de regulación plasmado en el *Borrador de Propuesta de Directiva sobre armonización de disposiciones legales en materia de Sociedad Familiar* (Roca Junyent, 2005) citando a Corona (2004). Este Borrador fue encargado por la Asociación Europea de Sociedades Familiares a Cuatrecasas Abogados.

El Borrador citado se basaba en la necesidad de armonizar la legislación de los Estados miembros en la materia, propiciando entre otros aspectos un concepto mercantil armonizado de Sociedad Familiar (Vicent Chuliá, 2002). No obstante dicho Borrador no ha llegado a plasmarse en una Directiva aprobada.

La Comisión Europea ha venido desarrollando acciones e iniciativas específicas dirigidas a incentivar a las empresas familiares, fundamentalmente referidas a las pequeñas y medianas empresas⁸. Por no remontarnos a las primeras resoluciones de la Comisión

⁷ <https://www.camaras.org/publicado/empresafamiliar/>.

⁸ Véase la Recomendación 96/280/CE, de la Comisión, de 3 de abril de 1996, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (PYME), DO L 107, de 30.4.1996, sustituido por la Recomendación 2003/361/CE, de la Comisión, de 6.5.2003, DO L.124, de 20.5.2003.

Europea⁹ Desde la *Carta Europea de la Pequeña Empresa*, adoptada en Feira en 2000¹⁰, la Comisión Europea ha tratado de propiciar un entorno empresarial favorable a la constitución y consolidación de las empresas familiares, estando todavía en pleno desarrollo los programas de la Unión Europea en apoyo de las PYME para el periodo 2007-2013. Entre sus actuaciones, aparte de otras iniciativas¹¹, cabe destacar la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «*Pensar primero a pequeña escala*» «*Small Business Act*» para Europa: *iniciativa en favor de las pequeñas empresas*¹², que en sus propias palabras aspira a “promover el crecimiento de las PYME ayudándolas a afrontar los problemas que siguen obstaculizando su desarrollo”. Reviste asimismo importancia el Documento del Consejo de la Unión Europea «*Information note on the Small Business Act for Europe (SBA)*»¹³ y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «*Distintos tipos de empresa*» (Dictamen de iniciativa)¹⁴.

Como se acaba de exponer estas iniciativas de la Comisión Europea se han centrado en las pequeñas y medianas empresas familiares. Con todo, conviene reseñar, en punto a la dimensión de la empresa, que si bien la gran mayoría de empresas familiares son

⁹ La primera es la Recomendación 94/1069/CE, de 7 de diciembre de 1994, «sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas» (DO L 385 de 31.12.1994 p. 14), disponible en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994H1069:ES:NOT>. A ella siguieron otras como la Comunicación de la Comisión de 28 de marzo de 1998 sobre el mismo tema; el Informe Final del Grupo de Expertos sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas de mayo de 2002; y la Comunicación de la Comisión de 11 de febrero de 2004, al Consejo del Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Programa Europeo a favor del espíritu empresarial». Vid. Roca Junyent (2005).

¹⁰ Disponible en http://www.europarl.europa.eu/summits/fei1_es.htm.

¹¹ «Implementación del programa comunitario de Lisboa - Una política moderna de la PYME para el crecimiento y el empleo», COM (2005) 551 final de 10.11.2005; «Pequeñas y medianas empresas: la clave para lograr más crecimiento y empleo. - Revisión intermedia de la Política Moderna de la PYME», COM (2007) 592 final de 4.10.2007; Comunicación de la Comisión al Consejo del Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones COM (2011) 78 final de 23.2.2011 «Review of the "Small Business Act" for Europe http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/small-business-act/files/sba_review_en.pdf».

¹² Bruselas, 25.6.2008 COM(2008) 394 final. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:es:PDF>. Como se reconoce en el propio documento: “La denominación simbólica de «Act» de esta iniciativa subraya la voluntad política de reconocer el papel central de las PYME en la economía de la UE y de articular por primera vez un marco político completo para la UE y sus Estados miembros mediante: una serie de diez principios que guían la formulación y ejecución de políticas, tanto a escala de UE como de los Estados miembros”. Vid. también «Small and medium-sized enterprises (SMEs) Family Business», disponible en <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/promoting-entrepreneurship/family-business/>.

¹³ Bruselas, 26.5.2009 (10283/09). Disponible en <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st10/st10283.en09.pdf>.

¹⁴ 2009/C 318/05, *DOUE* 23.12.2009.

pequeñas o medianas empresas, no hay porque excluir de la consideración de empresas familiares a las grandes empresas (Cerdá Albero, 2004; Roca Junyent, 2005)¹⁵.

En España, como ha destacado Roca Junyent (2005), “debe valorarse positivamente el esfuerzo que el Senado español realizó en orden a la elaboración de un proyecto regulador de la empresa familiar; y debe lamentarse, a la vez, que este esfuerzo no se haya visto acompañado por la traducción positiva de sus estudios y propuestas”. Y es que, en efecto, el 26 de septiembre de 2000, y como consecuencia de la aprobación por el Pleno de la Cámara de una moción del Grupo Parlamentario Popular, se acordó por el Pleno del Senado la constitución, dentro de la Comisión de Hacienda del Senado, de una *Ponencia de Estudio sobre la problemática de la empresa familiar*. Esta Ponencia se constituyó en octubre de 2000¹⁶, con el objetivo de elaborar un informe sobre las empresas familiares, recogiendo aquellas materias que podrían ser objeto de regulación específica. A resultas de ello se emitió el correspondiente «Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar» de 12 de noviembre de 2001¹⁷, en el que se hacían una serie de Recomendaciones, en las que no figuraba la de aprobar una ley específica que abarcase todos los aspectos implicados en la empresa familiar (Quijano, 2002; Roca Junyent, 2005).

Como Recomendaciones figuraban la adopción, por las Administraciones Públicas, de las medidas necesarias para alcanzar una óptima política de información y comunicación para el desarrollo y mejora de la gestión en las empresas familiares; la formalización por las empresas familiares de un Protocolo Familiar, a modo de acuerdo- marco que sirva de guía para desarrollar la empresa familiar y las relaciones entre la empresa familiar y su propiedad; y el análisis y, si fuere menester, la modificación del Ordenamiento Jurídico, para favorecer el desarrollo de la actividad de las empresas familiares, especialmente eliminando las dificultades de financiación y la pérdida de control de la gestión, cuando se afronta la sucesión generacional de estas empresas.

A la primera Recomendación se ha tratado de dar cumplimiento desde distintos ámbitos. Una de las iniciativas que se llevó a cabo con este fin fue la publicación en 2003, por el Ministerio de Economía (Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa) de una *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*.

¹⁵ Sea como fuere la *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*, elaborada por la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa y publicada en el 2003 por el Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía (disponible en http://www.laempresafamiliar.com/media/upload/pdf/empresa_familiar_guia.pdf), reconoce en la fecha de dicho estudio “que más del 99% de las empresas son pequeñas y medianas. Se puede deducir que la sociedad limitada es una fórmula más adecuada para las PYME y, generalmente, una empresa familiar en el momento de su creación lo es, mientras que la sociedad anónima sería más propia de las empresas grandes”.

¹⁶ *Ponencia de estudio para la Problemática de la Empresa Familiar*, constituida en el seno de la Comisión de Hacienda, Registrado el 11 de Octubre de 2000, http://www.senado.es/legis7/expedientes/index_543000005.html.

¹⁷ BOCG Senado, Serie I, núm. 312, de 23 de noviembre de 2001.

En lo que toca a la segunda Recomendación se le dio cumplimiento a través del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

Para dar cumplimiento a la última Recomendación, se constituyó una Comisión Interministerial de expertos del Ministerio de Economía y del Ministerio de Justicia que, en febrero de 2002, finalizó sus trabajos. Como propuestas importantes figuraban, por un lado, la de modificar la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), permitiendo la emisión de acciones sin voto y la gestión de autocartera; y, por otro, la de reformar el Código Civil, con la finalidad de facilitar la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar.

Pues bien, teniendo en consideración esta Recomendación, en efecto el legislador mercantil acometió algunas reformas de interés para la empresa familiar, por mor de la Ley 7/2003, de 1 de abril, *de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. En la Exposición de Motivos de esta Ley se deja constancia de que esta regulación va a permitir a nuestras PYME “afrentar los retos que plantea el Mercado único. Del mismo modo, establece un marco normativo mercantil y administrativo capaz de estimular la actividad empresarial y mejorar la posición competitiva de las pequeñas y medianas empresas en el mercado, dando cumplimiento a los compromisos de la Carta Europea de la pequeña empresa”. De esta suerte, y de acuerdo con esta misma Exposición de Motivos, además de simplificarse los trámites de constitución de empresas, “la presente Ley intenta resolver tres problemas que se han identificado en la mayoría de nuestras empresas: las dificultades de financiación, la pérdida del control de la gestión por los socios que ostentan la mayoría y los problemas de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional”. A este propósito esta Ley, como veremos, modifica diversos preceptos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y el art. 1056 del Código Civil.

En este trabajo, aparte de unas breves consideraciones generales sobre la Empresa Familiar, analizaremos, en primer lugar, los tipos sociales mercantiles que puede adoptar la Sociedad Familiar, haciendo un repaso de las formas sociales típicas reconocidas por el legislador, aludiendo a las ventajas e inconvenientes de las mismas. En segundo lugar, nos centraremos especialmente en el estudio del régimen jurídico de las dos Sociedades Capitalistas más representativas, que no son otras que la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, analizando los rasgos comunes de las mismas, todo ello con el fin de dilucidar cuál se adapta mejor a la idiosincrasia de la Sociedad Familiar. En tercer lugar, se dedicará especial atención a la Sociedad de Responsabilidad Limitada como forma jurídica de creación de Sociedades Familiares más utilizada, examinando las divergencias fundamentales con la Sociedad Anónima. Y ello con el propósito de arrojar luz sobre la elección preferente de la Sociedad de Responsabilidad Limitada como forma jurídica de constitución de las Sociedades Familiares. Como queda expuesto, el estudio realizado versa especialmente sobre la organización de la empresa familiar en forma de Sociedad de Responsabilidad Limitada pluripersonal, haciendo también referencia a la constituida en forma de Sociedad Limitada Nueva Empresa.

2. Tipos sociales mercantiles que puede adoptar la Sociedad Familiar

Antes de analizar los tipos sociales más frecuentes de organizar la sociedad familiar conviene dejar claro que no se ha consagrado legalmente, ni en el ámbito comunitario ni en el español, un tipo social específico para la sociedad familiar.

Ello ha dado lugar a un amplio debate en torno a la necesidad/conveniencia de prever un estatuto específico para la Sociedad Familiar, con la creación de un tipo social específico, distinto de los ya existentes en nuestro Derecho.

Sin entrar a fondo en la polémica, nos parece más razonable la opinión de quienes, como Rodríguez Artigas (2005) sostienen que no es necesario configurar legalmente un tipo social específico. Y ello porque, como afirma con buen criterio este autor, existen razones justificativas de la no necesidad de ese nuevo tipo social.

Así, en primer lugar, es menester dejar constancia de la dificultad de encontrar un concepto de *Empresa Familiar*, con el rigor y precisión suficientes, habida cuenta que se suele atender a distintos aspectos o componentes de la Empresa Familiar, tomando en consideración conceptos o elementos muchas veces difusos o indeterminados, como el grado de parentesco, el control, la pretensión de continuar el negocio, etc. Si la materia que se pretende regular no está perfectamente delimitada y baraja realidades distintas no va ser fácil formular una regulación adecuada.

En segundo lugar, como también afirma Rodríguez Artigas (2005), es asimismo complicado el alcanzar un *tratamiento unitario* de la Empresa Familiar. A modo de ejemplo, cita lo que se desprende de la propia Ponencia del Senado, en la que se reconoció que si se dotase de un tipo social específico habría de dejarse fuera de su ámbito de aplicación a las grandes empresas familiares.

Finalmente, como recuerda Rodríguez Artigas (2005), la Comisión Interministerial llegó razonablemente a algunas conclusiones interesantes al respecto: por un lado, que no debía crearse ningún tipo social específico para estas Empresas Familiares; y, por otro, que ni siquiera era necesario modificar el art. 403 del Reglamento del Registro Mercantil y otros con él relacionados, a fin de prever una indicación del tipo social de Sociedad Familiar con el añadido de la letra "F" a la correspondiente mención de dicho tipo social, dando a entender la Comisión Interministerial que no existe dicha forma social específica de Sociedad Familiar.

De esta suerte los fundadores podrán elegir cualquiera de los tipos sociales previstos en el art. 122 del Código de Comercio de 1885 (CCom); a saber: Sociedad Colectiva, Sociedad Comanditaria Simple, Sociedad Comanditaria por Acciones, Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Aunque vamos a hacer referencia a la conveniencia de optar por estos tipos sociales para constituir Sociedades Familiares, no parece descartable que pueda acudir a otras formas jurídicas, si se ajustasen en mayor medida a las necesidades de la Empresa Familiar. Así, podría desarrollarse una Empresa Familiar por un empresario individual; una

Comunidad de Bienes; mediante el contrato de cuentas en participación; una sociedad cooperativa, una Sociedad Laboral (Ministerio de Economía, 2003), pudiendo incluso resultar de interés en estas Sociedades Familiares la constitución de un Grupo de Sociedades (Vicent Chuliá, 2002; Rodríguez Artigas, 2005). Han de ser los fundadores de la Empresa Familiar los que decidan cuál será la fórmula jurídica que mejor se adapta a las necesidades del/de los fundadores.

Centrándonos en los tipos sociales recogidos en el art. 122 del CCom, no hay que olvidar que mientras la sociedad colectiva y comanditaria simple tienen naturaleza personalista, la SA y la SRL tienen carácter capitalista (art. 1 de la Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010 (LSC)).

Obviamente la elección de una forma social concreta lleva consigo la aplicación de la normativa específica de esa sociedad: arts. 125 y siguientes del CCom para la Sociedad Colectiva; arts. 145 y siguientes de este mismo cuerpo legal para las Sociedades Comanditarias Simples; y LSC de 2010 para las Sociedades Comanditarias por Acciones, las Sociedades Anónimas y las Sociedades de Responsabilidad Limitada, incluida la Sociedad Limitada Nueva Empresa.

Es cierto que las Sociedades Familiares son, al menos en su primera fase, sociedades fuertemente cohesionadas, en las que los lazos familiares juegan un papel fundamental en el desarrollo de la actividad empresarial que constituye objeto de la sociedad, siendo relevante la identidad de los socios. Esta caracterización induce a pensar que estas Sociedades Familiares podrían encajar en la vestidura jurídica de las sociedades personalistas, en las que importan mucho las cualidades personales, profesionales y patrimoniales de los socios, destacando su carácter cerrado, con las consiguientes limitaciones de la transmisión de la cualidad de socio.

Con todo, es igualmente cierto que aquellos que quieren constituir Sociedades Familiares raramente se decantan por la organización de las mismas en forma de sociedades personalistas. Es cierto que estas sociedades reúnen algunas características que favorecen el cumplimiento de los objetivos perseguidos con la constitución de Sociedades Familiares. Así en las sociedades personalistas importan mucho las cualidades personales y patrimoniales de todos los socios, en la colectiva, o de los socios colectivos en la Sociedad en Comandita Simple. El *intuitus personae* presente en la formación y funcionamiento de estas sociedades se refleja en múltiples normas reguladoras de las mismas.

2.1. La Sociedad Colectiva como forma de organizar la Sociedad Familiar

Concretando algo más las características de estas sociedades personalistas muchas de las cuales conectan con los rasgos definitorios de las Sociedades Familiares, cabe destacar, respecto a la Sociedad Colectiva las siguientes notas:

a) Los socios de esta sociedad no podrán transmitir a otra persona su participación en la sociedad, ni delegar las tareas de administración que le hayan sido encomendadas sin el consentimiento unánime de los socios (art. 143 CCom y 212.2 del RRM). Se trata de una

prohibición que *prima facie* parece ser muy útil en gran parte de las Sociedades Familiares, habida cuenta que normalmente suelen tener carácter cerrado y sus fundadores desean que la sociedad prosiga con miembros de la familia unidos por los mismos objetivos que presidieron la fundación inicial de la sociedad. No obstante, llevado a sus últimos extremos, y si no se dulcifica esta exigencia en el contrato social, podría dificultar excesivamente incluso la transmisión de un socio a otro socio o la entrada de otras personas distintas de los fundadores, cualquiera que fuese el parentesco con los fundadores (Pérez Fadón, 2005). Importa consignar, además, que como veremos más adelante, en esta sociedad la sucesión *mortis causa* no implica la transmisión de la cualidad de socio y el ingreso en la misma de los herederos o legatarios.

b) Sus aportaciones a la sociedad pueden ser dinerarias o no dinerarias, admitiéndose también la aportación de trabajo o servicios personales, denominándose en este caso a los aportantes de trabajo socios industriales. Socios industriales para los que se contemplan algunas normas especiales respecto a algunos derechos y obligaciones, particularmente en punto a la distribución de ganancias (art. 140 CCom), la obligación de no competir con la sociedad (art. 138 CCom) o la contribución en la reparación de pérdidas (art. 141 CCom).

La posibilidad de aportar trabajo puede resultar de interés en algunas Sociedades Familiares, en las que se decide que sean los propios familiares los que, desde dentro de la sociedad, se ocupen de tareas concretas que han de llevarse a cabo en la misma. Y la realización de dichas tareas parece aconsejar una fidelización especial a la sociedad y una dedicación absoluta a la misma. En principio, según el régimen apuntado, los socios industriales, si no se pacta otra cosa, percibirían ganancias equivalentes al socio capitalista que menos ha aportado. No obstante, en cualquier Sociedad Colectiva y, por tanto, también si fuese familiar, cabe la posibilidad de pactar un régimen diferente, que incluso podría llegar a equipararlo, a estos efectos, al socio capitalista de mayor aportación, cuando la participación del socio industrial en la sociedad fuese absolutamente decisiva en la sociedad. En punto a las pérdidas, proclama el art. 141 que no van a contribuir en las mismas, a no ser que se haya pactado lo contrario. También aquí los socios al fundar la sociedad, y también si es familiar, podrán modular esa obligación en el sentido que más encaje con el espíritu de la sociedad que se constituye y, sobre todo, en coherencia con el resto de obligaciones y derechos previstos para el socio industrial.

c) Salvo que en el contrato social se confíe la administración de la sociedad a unos socios determinados, todos están llamados a gestionar la sociedad, todos son administradores natos (art. 129 CCom), si bien para ejercer la representación de la sociedad es preciso estar especialmente autorizado (art. 128 CCom). Esta característica puede resultar asimismo de interés en las Sociedades Familiares, habida cuenta que en estas sociedades reviste particular interés que los socios, todos o algunos, participen en la gestión de la sociedad. Y ello porque una buena forma de asegurar el control de la sociedad por la familia es a través de la implicación de los socios en la administración y gobierno de la sociedad, donde se puede tener información de primera mano sobre el desarrollo de la actividad social.

d) Salvo pacto en contrario, la modificación del contrato social exigirá el consentimiento de todos los socios (art. 212.1 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM)). También en las Sociedades Familiares esto puede ser interesante, toda vez que con esta exigencia se garantiza que la empresa familiar continúe por los derroteros marcados por los fundadores de la empresa. Serán los propios socios, en principio al constituir la sociedad los que valoren la conveniencia de imponer el consentimiento unánime o flexibilizarlo en el sentido que estimen más oportuno, preservando el objeto social y los valores que se han querido imprimir a la Sociedad Familiar.

e) La producción de determinadas circunstancias o acontecimientos en los socios tienen repercusión en la sociedad, tal como se recoge en el art. 222 del CCom. Según este precepto son causas de disolución las tres siguientes: muerte de un socio, salvo que se prevean en la escritura pactos de continuación de la sociedad con los herederos del socio difunto o de subsistencia con los socios sobrevivientes; demencia u otra causa de inhabilitación de un socio gestor para administrar sus bienes; y apertura de la fase de liquidación en el concurso de cualquiera de los socios colectivos. Estas circunstancias naturalmente tienen asimismo gran trascendencia en las Sociedades Familiares, en las que los vínculos familiares y la confianza mutua son determinantes en la constitución de estas sociedades. Con todo, son los propios fundadores de la Sociedad Familiar los que, al sopesar los pros y contras de los distintos tipos sociales, los que decidirán la relevancia que quieren conceder a la producción de estos eventos, a efectos de decidirse por éste u otro tipo social.

f) A los socios se les prohíbe competir con la sociedad. Esta prohibición tendrá diverso alcance en función de la delimitación que se haya realizado del objeto en el contrato social y del tipo de socio. Si no se hubiese determinado el objeto social no podrán dedicarse por su cuenta a ninguna actividad comercial sin el consentimiento de la sociedad, que no obstante no podrá negarlo sin acreditar que tal actividad le ocasiona un perjuicio efectivo y manifiesto (arts. 136 y 137 CCom). En cambio, si el objeto social se hubiese determinado los socios capitalistas –no aportantes de trabajo– podrán llevar a cabo por su cuenta cualquier actividad comercial diferente a la que constituye el objeto social. Los socios industriales, sin embargo, no podrán realizar ningún tipo de actividad comercial, de modo que se les exige dedicación absoluta a la sociedad (art. 138 CCom). En las Sociedades Familiares esta obligación de abstenerse de competir igualmente puede encajarse sin dificultad en ese espíritu de lealtad que debe presidir estas sociedades.

g) Responden de las deudas sociales de manera personal (ex art. 1911 del Código Civil), ilimitada, solidaria entre ellos y subsidiaria respecto a la sociedad. Esta responsabilidad que, de cara a los terceros, es sumamente atractiva, sin embargo no lo es para la inmensa mayoría de los fundadores de sociedades, por lo que supone de condena patrimonial para los socios que así van a responder. Ello se comprende perfectamente si se piensa que, en defecto de bienes sociales o si estos no fuesen suficientes, van a responder con su propio patrimonio de las deudas de la sociedad, sin que exista tope de responsabilidad, y con sus bienes presentes y futuros.

h) Los socios disponen de un derecho de información muy amplio, en los términos recogidos en el art. 133 del CCom. La configuración de este derecho puede ser muy

sugerente para los socios de una Sociedad Familiar en la que todos se implican fuertemente en la realización de la actividad social.

i) Por lo demás, en las Sociedades Colectivas cabe adaptar la sociedad a los objetivos y necesidades de la misma, habida cuenta que el art. 125, párrafo final, del CCom declara que podrán consignarse en la escritura "todos los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios quieran establecer".

Esta flexibilidad, dentro de la licitud, de los pactos que se recojan en la escritura, podría venir a resolver en algunas Sociedades Familiares la necesidad sentida por los socios de incluir en el contrato social pactos habitualmente recogidos en el Protocolo Familiar¹⁸, entre otros los relativos a la sucesión de la empresa o la previsión de determinados órganos sociales (Fernández de Córdoba Claros, 2006), dotándoles de fuerza vinculante para los socios, la sociedad y los terceros¹⁹.

2.2. La Sociedad Comanditaria Simple como forma de organizar la Sociedad Familiar

Como se recordará, la Sociedad Comanditaria Simple es una sociedad formada por dos grupos de socios: unos llamados colectivos y otros denominados comanditarios.

En lo que atañe a la posición jurídica de los socios colectivos se les aplican las normas que disciplinan el *status* de los socios en las Sociedades Colectivas, ex art. 148, párrafos primero y segundo, del CCom. Recordemos que su responsabilidad por deudas sociales es ilimitada y que son los únicos que tienen derecho a desarrollar las tareas de gestión social.

Los socios comanditarios, en principio, tienen una responsabilidad por deudas sociales limitada al importe de la aportación prometida. Aportación que, por lo demás, no puede consistir en trabajo o actividad. No obstante, la responsabilidad limitada de estos socios puede verse desvirtuada en cierto modo cuando el comanditario incluyese o consintiese su inclusión en la razón social (art. 147 CCom). Y ello como sanción al incumplimiento de lo prescrito en el art. 146 del CCom, a tenor del cual la razón social sólo podrá formarse con el nombre de los socios colectivos. A estos socios comanditarios les queda vedada la facultad de administrar y representar la sociedad (art. 148 *in fine* CCom). En cuanto a las modificaciones estatutarias, el art. 212.1 del RRM determina que, respecto al consentimiento de los socios comanditarios "se estará a lo dispuesto en el contrato social".

Por lo demás, teniendo en cuenta la remisión del art. 145 al 125 del CCom, se aplica el mismo régimen de flexibilidad en la conformación de los pactos que puedan insertarse en la escritura.

¹⁸ GOMÁ LANZÓN (2005), FERNÁNDEZ DEL POZO (2007), SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA (2009). Sobre Protocolo Familiar *vid.* asimismo RODRÍGUEZ-APARICIO (2004).

¹⁹ Sobre pactos en las Sociedades Familiares, *vid.* GRIMA FERRADA (2004); PAZ-ARES (2005); FERNÁNDEZ DEL POZO (2007).

La configuración legal de la Sociedad Comanditaria Simple podría servir a los fines pretendidos con la Sociedad Familiar. Piénsese que aquel tipo social vincula a dos grupos de socios, que también pudieran confluír en la Sociedad Familiar. Es posible que haya socios que tienen interés en participar activamente en la gestión de la sociedad, mientras que otros, teniendo interés en participar en el proyecto empresarial encauzado en forma de Sociedad Familiar y compartiendo los valores familiares subyacentes en la sociedad, prefieren tener una posición menos comprometida en cuanto a dicha gestión. Con todo, el rasgo distintivo de la responsabilidad ilimitada de los socios colectivos por deudas sociales constituye un handicap en muchas ocasiones difícil de superar. Con todo, como se ha sugerido en la doctrina, existen vías para esquivar esta trascendental consecuencia, como puede ser la creación de una Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada, que podría ser unipersonal, que vendría a asumir la condición de socio colectivo (Vicent Chuliá, 2002²⁰; Rodríguez Artigas, 2005).

Aún así, raramente se opta por este tipo social como forma de organizar la Sociedad Familiar.

Como se ha venido diciendo, en la mayor parte de las ocasiones los fundadores de las Sociedades Familiares, lejos de decantarse por la organización en forma de sociedades personalistas suelen inclinarse por la organización de las mismas bajo el ropaje jurídico de las sociedades capitalistas más características, más concretamente –dentro de ellas– por las formas sociales de Sociedad Anónima o de Sociedad de Responsabilidad Limitada y, eventualmente como subtipo de ésta la Sociedad Limitada Nueva Empresa.

2.3. La Sociedad Comanditaria por Acciones como forma de organizar la Sociedad Familiar

La opción de la Sociedad Comanditaria por Acciones no se suele presentar como favorita en la elección de los fundadores de la Sociedad Familiar. Con todo, este tipo social presenta la ventaja fundamental de hacer posible la entrada de capital ajeno en el patrimonio social, sin que las personas que efectúen esas aportaciones asuman la administración de la sociedad, la cual quedaría reservada a los accionistas que conforman el Grupo Familiar (Vicent Chuliá, 2002).

La explicación que se puede encontrar a esta actitud reticente a elegir esta forma social seguramente sea la existencia en aquella sociedad de al menos un socio denominado “colectivo”, cuyo régimen de responsabilidad ilimitada por deudas sociales lo asimila a los socios de la Sociedad Colectiva o a los socios colectivos de la Sociedad en Comandita Simple (art. 1.4 LSC).

²⁰ Como señala VICENT CHULIÁ (2002: 4550), una sociedad así formada recuerda a la AG o GmbH&Co KG” alemana. Advierte con razón que “el tipo social elegido será uno de los que permite el numerus clausus de nuestra legislación, aunque la superposición de los pactos tantos estatutarios como extraestatutarios dará lugar a una especie o subtipo, caracterizado para servir de forma a la Sociedad Familiar, lo que permite la «polivalencia funcional de los tipos sociales» (como observa el Profesor SÁNCHEZ CALERO)”.

El papel esencial que ha atribuido el legislador a este socio colectivo en la Sociedad Comanditaria por Acciones deriva, además de otros preceptos, del art. 363.3 de la LSC. Y ello porque en virtud de esta disposición la Sociedad Comanditaria por Acciones deberá disolverse “por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social”.

Este socio o socios colectivos coinciden con los administradores de la Sociedad Comanditaria por Acciones, asumiendo además los nuevos administradores la condición de socios colectivos desde que acepten su nombramiento como tales administradores (art. 252. 1 LSC).

La separación del cargo de administrador requiere modificación de los estatutos sociales, teniendo derecho el administrador separado del cargo sin justa causa a indemnización de daños y perjuicios (art. 252. 2 LSC). Como resulta lógico, en los acuerdos que tengan por objeto la separación de un administrador el socio afectado deberá abstenerse de participar en la votación (art. 252. 4 LSC). Particular interés puede tener el tema en las Sociedades Comanditarias por Acciones Familiares, pues según estas disposiciones si el grupo familiar no ostentase la mayoría de capital bien pudiera suceder que los accionistas-inversionistas, ajenos al grupo familiar pudieran separar a su arbitrio al único socio colectivo o a todos los socios colectivos administradores sin tener que contar en este caso con su consentimiento, pues se ha de prescindir de dicho consentimiento por prescripción legal, al verse afectados estos socios por la separación (Vicent Chuliá, 2002).

Al margen de lo expuesto debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el art. 294 de la LSC, si la modificación de los estatutos de la Sociedad Comanditaria por Acciones tuviese por objeto el nombramiento de administradores, la modificación del régimen de administración de la sociedad, el cambio de objeto social o la prolongación de la sociedad más allá del plazo previsto inicialmente en los estatutos tendrá que adoptarse el acuerdo de modificación con los requisitos legalmente previstos, requiriéndose además el consentimiento unánime de los socios colectivos.

Sólo el cese del socio colectivo como administrador pone fin a su responsabilidad ilimitada por deudas sociales. De esta suerte ya no va a responder ilimitadamente de las deudas sociales contraídas con posterioridad a la publicación de la inscripción de su cese en el Registro Mercantil (art. 252. 3 LSC).

Finalmente, debe subrayarse que el capital mínimo de la Sociedad Comanditaria por Acciones es el mismo que el de la Sociedad Anónima; esto es sesenta mil euros (art. 4, en relación con el art. 3.2, de la LSC).

Como ya se ha apuntado, el presupuesto inexcusable de la existencia de un socio colectivo, su condición, los efectos patrimoniales que puedan derivar de su condición de socio, unido a la menor flexibilidad que éste y otros aspectos puedan entrañar, hacen que el tipo social de Sociedad Comanditaria por Acciones como forma de organizar la Sociedad Familiar sea escasamente relevante. Y ello a pesar de que, como ha quedado

expuesto en Sociedades Comanditarias Simples, cabría obviar el tema de la responsabilidad ilimitada del socio colectivo por deudas sociales mediante la constitución de una Sociedad Anónima o una Sociedad de Responsabilidad Limitada, que podría ser unipersonal, que sería precisamente el socio colectivo.

Coherentemente con lo que se acaba de exponer, la justificación que cabe encontrar a la elección de las formas sociales de Sociedad Anónima o de Sociedad de Responsabilidad Limitada y, eventualmente como subtipo de ésta la Sociedad Limitada Nueva Empresa reside fundamentalmente en que en estas sociedades ninguno de los socios responde personalmente de las deudas sociales (art. 1 LSC).

3. La Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada como formas de organizar la Sociedad Familiar. Rasgos comunes

Hemos dejado constancia de que quienes tienen interés en constituir una Sociedad Familiar suelen mostrarse más proclives a elegir tipos sociales de naturaleza capitalista, más concretamente, las organizadas en forma de Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada. Esta elección puede instrumentarse, de una parte, mediante la constitución de una Sociedad Familiar unipersonal (Anónima o de Responsabilidad Limitada) y, de otra, mediante la fundación de una Sociedad pluripersonal Familiar en la que se ejerce el control, la dirección y gestión de la sociedad por personas unidas por vínculos familiares (Vicent Chuliá, 2002, con cita de Iglesias Prada, 1994).

Por lo que a la disciplina mercantil de las sociedades de capital se refiere, en la comparación de la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, sin referirnos ahora a la Sociedad Comanditaria por Acciones, a la que salvo las especialidades contempladas por el legislador cabría extender el régimen de la Sociedad Anónima, es preciso hacer hincapié en algunas características que comparten ambas sociedades. Así entre las más significativas, podemos mencionar las siguientes:

1ª) La ausencia de responsabilidad por deudas sociales de los socios (accionistas en la Sociedad Anónima y socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada).

2ª) Como toda sociedad mercantil, deben constituirse mediante escritura pública, que ha de ser inscrita en el Registro Mercantil (art. 119 CCom y art. 20 LSC).

3ª) Tanto en la Sociedad Anónima como en la Sociedad de Responsabilidad Limitada "podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica". A este respecto debe ponerse especial énfasis en que quedan excluidos del posible objeto de aportación el trabajo o los servicios (art. 58.2 LSC).

Las aportaciones de bienes pueden ser dinerarias o no dinerarias. En punto a las dinerarias deben tenerse en cuenta los artículos 61 y siguientes de la LSC, especialmente en lo relativo a la acreditación de la realidad de las aportaciones. Habrá que acreditar dicha realidad ante el notario autorizante de la escritura de constitución o de aumento del capital, o en aquellas escrituras relativas a las sociedades anónimas en las que consten

los sucesivos desembolsos. A tal fin podrá acreditarse la realidad de las aportaciones por una doble vía: a través de la certificación del depósito de las cantidades correspondientes a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, que el notario habrá de adjuntar a la escritura, o bien mediante la entrega al notario de las cantidades pertinentes para que consigne dichas cantidades a nombre de la sociedad (art. 62 LSC).

En lo que atañe a las aportaciones no dinerarias, de una parte, se impone la constancia en la escritura de la descripción de las mismas, con sus datos registrales si los tuvieren, la valoración en euros de las mismas y la numeración de las acciones o participaciones asignadas en contrapartida (art. 63 LSC). De otra, se disciplina el régimen de transmisión y entrega de las distintas aportaciones y la obligación de saneamiento propia del aportante (arts. 64 a 66 LSC, Díaz Gómez (1997).

4ª) La defensa del capital social o la efectividad de la aportación exigida por el legislador tiene como consecuencias, entre otras: por una parte, que “[s]erá nula la creación de participaciones sociales y la emisión de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad”; y, por otra, que “no podrán crearse participaciones o emitirse acciones por una cifra inferior a la de su valor nominal” (art. 59 LSC). De este modo, ni cabe la creación de acciones o participaciones a título gratuito, sin que tengan el respaldo patrimonial de la aportación correspondiente del socio, ni es posible crear acciones o participaciones cuyo valor sea superior al valor de las aportaciones que sirvan de contrapartida.

5ª) En ambas sociedades los socios pueden obligarse a realizar prestaciones accesorias, distintas de las aportaciones de capital, cuyo régimen ha de detallarse en los estatutos²¹. Debe especificarse en los estatutos su contenido, si tienen carácter gratuito o retribuido, si se prevén cláusulas penales aparejadas a su incumplimiento, si tienen carácter general para todos los socios o si sólo se imponen a alguno de ellos, si se vincula la obligación de realizar la prestación accesoria a una o varias acciones o participaciones sociales que han de determinarse convenientemente, pudiendo vincularse a la persona del socio o lo que es lo mismo al conjunto de las acciones o participaciones del socio (art. 86 LSC).

6ª) “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad” (art. 29 LSC).

7ª) Tanto las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, como las acciones en la Sociedad Anónima, son partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social (art. 90 LSC). Cada participación social y cada acción atribuyen a su titular legítimo la condición de socio, con los correspondientes derechos consagrados a quienes ostentan tal condición en la LSC y en los estatutos (art. 91 LSC).

8ª) Tanto la transmisibilidad de las acciones, como la de las participaciones sociales, puede quedar sujeta a restricciones estatutarias (arts. 123 y 108 LSC y 123 RRM).

²¹ Sobre estas prestaciones accesorias, puede verse, entre otros, BARBA DE VEGA (1984); PEÑAS MOYANO (1996); VIÑUELAS SANZ (2004); ALFARO-ÁGUILA REAL (2005); RECALDE CASTELLS (2009), con indicaciones bibliográficas de interés).

Si bien no existe coincidencia de régimen en cuanto a dichas restricciones, ambas recogen alguna disposición orientada en la misma dirección. Así, respecto a la Sociedad Anónima se establece que no podrán inscribirse en el Registro Mercantil restricciones estatutarias por mor de las cuales se obligue a un accionista que ofrezca de modo conjunto sus acciones a transmitir un número de acciones distinto a aquél para el que solicita la autorización (art. 123.5 RRM). Y en relación con la Sociedad de Responsabilidad Limitada, se consideran nulas las cláusulas estatutarias por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones resulte obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas (art. 108.2. LSC). Particularmente importante es el supuesto en que el socio que exprese su deseo de transmitir toda las participaciones que tiene en el capital social se le obligue a transmitir una parte inferior. La protección del tercero exige ser respetuoso con el interés y la finalidad del tercero en transmitir toda su participación, quedando fuera de la sociedad; interés y finalidad que se verían frustrados si sólo se le permitiese enajenar una parte de sus participaciones.

En conexión con este tema habría que preguntarse por la admisibilidad de las cláusulas estatutarias de los llamados *Tag along rights* o *Take me along rights*, que suelen traducirse en castellano como derechos de "llévame contigo" y que técnicamente se vienen designando como cláusulas de venta conjunta (Perdices Huetos, 2005). Según estas cláusulas el socio que se proponga vender su participación en la sociedad debe brindar la oportunidad a los demás socios de tomar parte en la operación de venta, en iguales condiciones y proporcionalmente a la participación de cada uno en la sociedad (Perdices Huetos, 2005). Estas cláusulas protegen a los socios minoritarios, pues ante la eventualidad de que tras aquella venta que quiere hacer un socio varíen los socios de control, se les da la oportunidad de desinvertir parte de lo invertido en la sociedad.

Como puede comprenderse estas cláusulas, que pueden resultar de interés en algunas sociedades, y por supuesto también en las Familiares, chocan con el art. 123.5 del RRM, habida cuenta que a resultas de estas cláusulas el socio, lejos de vender sus acciones de forma conjunta, que era lo que ofrecía, debería resignarse a vender un número menor. Así las cosas, el destino natural de estas cláusulas parecen ser los pactos parasociales (Perdices Huetos, 2005).

En relación con las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales cabe subrayar que si no se establece lo contrario en los estatutos la transmisión *mortis causa* de ambas es libre (124 y 110 LSC). No obstante, se permite la incorporación de cláusulas restrictivas de la transmisibilidad de las mismas, en los términos que más adelante veremos. Esta regla sentada por el legislador ha suscitado polémica en la doctrina, particularmente centrada en la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Se ha afirmado, a este propósito, con razón, que resulta "inconveniente" "admitir una libre transmisibilidad por esta vía, en la medida en que es incoherente con lo previsto... para las verificadas entre vivos", añadiendo que "[l]a incontrolada admisión de cualquier heredero o legatario supone un serio peligro de permitir la entrada a la sociedad a un indeseable; de ahí que el régimen legal hubiese hecho bien restringiendo la voluntad hipotética de los socios a la libre transmisión *mortis causa* a los sujetos del art. 29.1 LSRL

(actual art. 107.1 de la LSC²²)” (Perdices Huetos, 2005). El tema adquiere tintes peculiares cuando nos encontramos en una Sociedad Familiar, en la que los herederos o legatarios del socio fallecido pueden situarse más allá o fuera del núcleo de confianza de los componentes de la sociedad.

9ª) Las participaciones sociales de la SRL y las acciones de la SA “atribuyen a los socios los mismos derechos, con las excepciones establecidas al amparo de la ley”. Además, tanto las participaciones sociales como las acciones pueden conceder derechos distintos. La creación de acciones o participaciones que supongan algún privilegio respecto a las ordinarias requerirá el cumplimiento de las formalidades previstas para la modificación de los estatutos (art. 94 LSC).

Respecto a estos privilegios se han de tener presentes los artículos 95 a 97 LSC). Según el art. 95 si el privilegio consistiese en el derecho a obtener un dividendo preferente, antes de repartir los dividendos relativos a las demás acciones o participaciones, debe darse prioridad a las acciones o participaciones privilegiadas, repartiendo en primer lugar el dividendo privilegiado. De existir beneficios distribuibles, y salvo que otra cosa se estableciese en los estatutos, la sociedad queda obligada a repartir ese dividendo privilegiado. Al margen de lo anterior, los estatutos deben prever las consecuencias del pago del dividendo preferente, si tiene o no carácter acumulativo respecto a los dividendos no satisfechos, y, en su caso, los posibles derechos que cabría conceder a los socios titulares de acciones o participaciones privilegiadas sobre los dividendos que puedan corresponder a las demás partes del capital.

El art. 96 contempla algunas prohibiciones comunes en materia de privilegio. Así no se admite la creación de acciones o participaciones con derecho a percibir un interés, con independencia de cuál sea el criterio de determinación. El privilegio otorgado a las acciones o participaciones tampoco podrá suponer una ruptura directa o indirecta de la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de preferencia en la suscripción o asunción de acciones o participaciones.

Por lo demás, el art. 97 recoge claramente el principio de igualdad de trato, de manera que a los socios que se encuentren en condiciones idénticas ha de proporcionársele un trato igual.

10ª) El legislador ha permitido la creación de acciones y participaciones sociales sin voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital en la SRL y en el caso de la SA por un importe nominal no superior a la mitad del capital desembolsado (arts. 98 a 103 LSC). Repárese en que respecto a la SRL se habla de “la mitad del capital” y no de “la mitad del capital desembolsado” porque, como es sabido, las participaciones sociales en que se divida el capital social de esta sociedad ha de estar íntegramente desembolsado cuando se otorga la escritura fundacional (art. 78 LSC).

Importa reseñar que, respecto a las Sociedades de Responsabilidad Limitada el reconocimiento de las participaciones sin voto deriva de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de

²² La cursiva es nuestra.

la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que en el apartado II de la Exposición de Motivos manifiesta que, a fin de resolver los problemas de financiación, pérdida del control de la gestión por los socios que ostentan la mayoría y las dificultades de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional que se han detectado en la mayoría de las pequeñas y medianas empresas se admite la emisión de participaciones sin voto²³.

En las Sociedades Familiares, tiene gran interés la admisión de estas acciones y participaciones sin voto, pues representa un instrumento valioso de financiación de las mismas, que resulta beneficioso tanto para los titulares de las mismas, como para la sociedad (Rodríguez Artigas, 2005). Para los primeros, porque van a obtener a ciertos efectos una posición privilegiada, que se traduce entre otros derechos en la percepción de un dividendo preferente, pudiendo recuperar en algún caso el voto. Para la sociedad porque va a poder obtener financiación, sin perder el control de la misma.

Especialmente importante es la emisión de participaciones sociales sin voto en la Sociedad Familiar de Responsabilidad Limitada, figura a la que recurren más frecuentemente quienes deciden constituir una Sociedad Familiar. Con estas participaciones se consigue en sociedades de carácter cerrado, en primer lugar, atraer fondos necesarios para el desarrollo del objeto social, manteniendo el control por el núcleo familiar. Y en segundo lugar, pueden evitar problemas en los supuestos de adquisición *mortis causa* de las participaciones de un socio. La entrada de los herederos de un socio no altera el carácter cerrado de la Sociedad Familiar si éstos desinteresados de la gestión social reciben participaciones sin voto, por las cuales van a obtener ventajas económicas (Rodríguez Artigas, 2005)²⁴.

El dividendo al que tienen derecho estas acciones y participaciones sociales sin voto, y que van a cobrar sus titulares, está integrado por lo siguiente: por un lado, por el dividendo anual mínimo, fijo o variable, que establezcan los estatutos sociales. Y, por otro, por el derecho al mismo dividendo que corresponda a las demás participaciones sociales o a las acciones ordinarias.

²³ Queda así definitivamente resuelta aquella discusión doctrinal producida antes de esta reforma en torno a si se admitían estas participaciones pese al silencio de la Ley, y a la vista del antiguo art. 53.4 de la LSRL de 1995, en el que se decía que “salvo disposición contraria de los estatutos, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto”. Sobre esta cuestión véase RODRÍGUEZ ARTIGAS (2005: 400-401), quien manifiesta que “no resultaba convincente el argumento según el cual en la Sociedad de responsabilidad limitada no es necesario el reconocimiento de las participaciones sin voto, porque se pueden conseguir los mismos resultados mediante la creación, al amparo del artículo 53.4 LSRL”.

²⁴ Como afirma RODRÍGUEZ ARTIGAS (2005: 402), “las participaciones sin voto permitirían el mantenimiento en la sociedad de herederos no interesados en la gestión a los que, a cambio de no separarse (separación que podría afectar a la capitalización de la sociedad) y de no inmiscuirse en la gestión directa de la sociedad, se les podría garantizar a través de las participaciones sin voto un dividendo”.

En el caso de que haya beneficios distribuibles, la sociedad está obligada a acordar el reparto del citado dividendo mínimo. No obstante, puede suceder que no existan tales dividendos o no resulten suficientes para abonar el dividendo mínimo. Si así ocurriese la parte de dividendo mínimo adeudada habrá de satisfacerse dentro de los cinco ejercicios siguientes. Entretanto las participaciones y acciones sin voto recuperarán este derecho, sin perder sus ventajas económicas (art. 99 LSC).

Las participaciones sociales y las acciones sin voto gozan de privilegio en caso de reducción de capital por pérdidas, consistente en que sólo van a quedar afectadas por la reducción del capital social por pérdidas cuando ya se hayan amortizado las acciones y participaciones ordinarias. Cuando a resultas de la reducción, el valor nominal de las participaciones sociales o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social de la sociedad de responsabilidad limitada o del desembolsado en la anónima, tendrá que restablecerse esa proporción en el plazo máximo de dos años. De no alcanzar esa proporción deberá disolverse la sociedad. Además, si tras la reducción del capital resultasen amortizadas todas las participaciones sociales o todas las acciones ordinarias, las sin voto recuperarán el derecho a voto en tanto no se consiga llegar a la proporción que, respecto a las ordinarias, exige el legislador (art. 100 LSC).

Estas participaciones sociales y acciones sin voto disfrutan asimismo de privilegio en cuanto a la cuota de liquidación de la sociedad. Así las participaciones sociales sin voto atribuyen a su titular el derecho a obtener el reembolso de su valor antes de que se distribuya cantidad alguna a las demás, mientras que en las sociedades anónimas el privilegio supondrá que a los titulares de las acciones sin voto se les reembolsará el valor desembolsado con preferencia a las restantes (art. 101 LSC).

Por lo demás, cualquier modificación estatutaria susceptible de lesionar los derechos de las participaciones sociales o de acciones sin voto requiere el acuerdo de la mayoría de las participaciones sociales o de las acciones sin voto afectadas (art. 102 LSC).

Respecto a los demás derechos, el art. 102 establece que estas participaciones sociales y acciones sin voto, en principio y en los términos legalmente establecidos, conferirán a sus titulares los demás derechos de las ordinarias. Eso sí excluye el legislador que las acciones sin voto puedan agruparse a efectos de designar a los vocales del Consejo de administración por el sistema de representación proporcional.

En el caso de participaciones sociales sin voto declara expresamente la ley que se les aplicarán las normas estatutarias y las normas legales supletorias sobre transmisión y derecho de asunción preferente (art. 102 LSC). Esta norma, por lo demás razonable, es un reflejo del carácter cerrado de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (Rodríguez Artigas, 2005) y tiene su importancia en las Sociedades Familiares.

11^a) Resulta necesaria en ambas sociedades la existencia de dos órganos sociales: Junta General y órgano de administración de la sociedad, si bien su regulación no es totalmente coincidente (arts. 159 y ss. LSC).

No obstante, no hay que ignorar la regulación común de múltiples aspectos relativos a estos órganos. Así, a título indicativo, en cuanto al órgano de administración, son comunes los requisitos subjetivos y prohibiciones para ser administrador; el régimen jurídico de prohibiciones para ser administrador (arts. 212 y 213 LSC); las disposiciones generales sobre nombramiento, aceptación, inscripción del nombramiento (arts. 214 y 215 LSC); la posibilidad de nombrar administradores suplentes, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 216 LSC); algunas reglas generales sobre remuneración de los administradores (art. 217 LSC); la caducidad del nombramiento y su cese (art. 222 a 224 LSC); la práctica totalidad de los deberes de los administradores (arts. 225 a 232 LSC), etc.

Particularmente significativa respecto a la constitución de Sociedades Familiares, bien en forma de Sociedad Anónima o de Sociedad de Responsabilidad Limitada, es la posibilidad, expresamente reconocida, de que, cuando la administración adopte la forma de Consejo de Administración, junto a éste, y eventualmente sus órganos delegados (Comisión ejecutiva y uno o más consejeros delegados), los estatutos sociales puedan crear otros órganos. En efecto, los artículos 124.2, d) y 185.3, d) del RRM²⁵, por una parte, facultan a los fundadores para recoger en los estatutos un Comité Consultivo, en estos términos:

“Deberá determinarse en los estatutos sociales si la competencia para el nombramiento y revocación del comité consultivo es del consejo de administración o de la junta general; su composición y requisitos para ser titular; su funcionamiento, retribución y número de miembros; la forma de adoptar acuerdos; las concretas competencias consultivas o informativas del mismo, así como su específica denominación en la que se podrá añadir, entre otros adjetivos, el término *familiar*”.

Reconoce, así, el legislador las necesidades específicas que se presentan en la Sociedad Anónimas o de Responsabilidad Limitada Familiar, en las que puede ser muy recomendable la existencia de este Comité, con competencias de carácter consultivo o informativo a determinar por los socios en los estatutos. Bien configurado, determinando con buen criterio las menciones citadas, y orientado a la protección de los intereses sociales, este Comité puede desarrollar una importante labor en las Sociedades Familiares. Importa reseñar que la denominación de este Comité se ha de concretar en los estatutos, pudiendo ponerse el acento en el rasgo característico de ser la sociedad, en la que se crea el órgano, una sociedad *familiar*.

Al margen de este Comité Consultivo, los artículos 124.2, d) y 185.3, d) del RRM admiten asimismo, la creación y previsión estatutaria de “cualquier otro órgano cuya función sea meramente honorífica”, debiendo incluir, en su caso, el sistema de retribución de quienes ocupen dicho cargo. Este tipo de órganos encuentran perfecto acomodo en las Sociedades Anónimas o de Responsabilidad Limitada Familiares, en las que el patriarca de la familia o las personas que tienen una autoridad moral o ética en la sociedad, al haber desempeñado o desempeñar un papel relevante en la orientación de la Sociedad Familiar,

²⁵ La redacción de este precepto se debe al R.D. 171/2007, de 9 de febrero, *por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares*, BOE núm. 65, de 16 de marzo.

no siempre vinculado a la titularidad de participaciones, pueden ser un referente importante en el enfoque de cuestiones importantes para el devenir de la sociedad.

Lo mismo ocurre con la normativa sobre Junta General. Muchas de las disposiciones resultan aplicables indistintamente a una y otra sociedad. Así sucede con los preceptos relativos a la competencia de la Junta (arts. 160 a 162; clases de Juntas; muchos de los preceptos sobre convocatoria de la Junta (arts. 166 y ss.); asistencia, representación y voto (arts. 179 y ss.); constitución de la Junta y adopción de acuerdos (arts. 191 y ss.); parte de las normas sobre acta de la Junta (arts. 202 y 203), así como el régimen de impugnación de acuerdos (arts. 204 y ss.).

12^a) Las dos sociedades tienen en común su carácter mercantil con independencia de su objeto (art. 2 LSC).

13^a) Ambas pueden ser sociedades pluripersonales (formadas por dos o más personas ex art. 56.1, a) o unipersonales (arts. 12 y ss. LSC). El régimen jurídico de estas últimas se contiene en los artículos 12 a 17 de la LSC.

No hay que ignorar que conforme a esta normativa se considera Sociedad Unipersonal Anónima o de Responsabilidad Limitada, por una parte, la que está constituida por un único socio, sea éste una persona natural o jurídica; y, por otra, la que habiéndose formado con dos o más socios debido a distintas circunstancias las acciones o participaciones pasaron a ser propiedad de un único socio (art. 12).

La constitución de una sociedad unipersonal, la declaración de que la sociedad resultó ser unipersonal a consecuencia de la transmisión de todas las acciones o participaciones a un único socio, la pérdida de la condición de sociedad unipersonal o el cambio de socio único han de hacerse constar en escritura pública que debe ser inscrita en el Registro Mercantil (art. 13).

En el supuesto de que la Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada deviniese unipersonal y transcurriesen seis meses desde que se convirtió *de facto* en unipersonal sin hacerlo constar en el Registro Mercantil se produce una importante consecuencia patrimonial para el socio único, cual es que va a responder personal e ilimitadamente de las deudas sociales contraídas mientras persista la situación de unipersonalidad (art. 14).

Por lo demás, importa destacar que el socio único va a ejercer las competencias de la Junta General, constando en acta y siendo ejecutados los acuerdos por el socio o los administradores (art. 15).

Se prevé además un régimen específico relativo a la contratación del socio único con la sociedad unipersonal (art. 16).

14^a) Como sociedades de capital que son, les prohíbe el art. 134 de la LSC la adquisición originaria de acciones o participaciones sociales creadas por la propia sociedad o por su sociedad dominante (art. 134 LSC). Asimismo a ambas se les ha permitido la adquisición

derivativa de acciones o participaciones sociales, si bien el régimen jurídico de dichas adquisiciones no es totalmente coincidente.

15ª) Las acciones de la Sociedad Anónima y las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada no podrán transmitirse hasta la inscripción de la sociedad o, en su caso, el acuerdo de aumento de capital social en el Registro Mercantil (art. 34 LSC).

16ª) Se someten a las mismas obligaciones contables (arts. 25 y ss. del Código de Comercio y arts. 253 y ss. LSC) (AA.VV., 2010).

17ª) En ambas sociedades se pueden prever en los estatutos prestaciones accesorias, distintas de las aportaciones y que no integran el capital social. Pueden ser de muy diverso tipo, consistentes en obligaciones de dar, hacer o no hacer; afectar a todos los socios o sólo a algunos y ser gratuitas o retribuidas. Pueden vincularse al socio sobre el que recaigan o cabe ligarlas a una o varias acciones o participaciones sociales determinadas (arts. 86 y 87 LSC).

La transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de cualquier participación o acción perteneciente a un socio personalmente obligado a realizar prestaciones accesorias, o la transmisión de aquellas concretas participaciones sociales o acciones que lleven vinculada dicha obligación, requerirá autorización de la sociedad (art. 88 de la LSC). Respecto al órgano de la sociedad que debe prestar la autorización, se aprecia una diferencia de régimen entre la Sociedad Anónima y la Limitada. Así, el art. 88 de la LSC declara que, salvo disposición contraria de los estatutos, en las Sociedades Anónimas la autorización será competencia de los administradores, mientras que en las Sociedades de Responsabilidad Limitada la autorización será competencia de la Junta general. Si transcurren dos meses desde que se solicitó la autorización sin contestación de la sociedad se considerará concedida dicha autorización.

La creación, la modificación y la extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias exigirá modificación de los estatutos, siendo necesario el consentimiento individual de los obligados (art. 89.1 LSC).

En principio, salvo que otra cosa dispongan los estatutos, no se perderá la condición de socio por la no realización de las prestaciones accesorias debido a causas involuntarias (art. 89.2 LSC).

En las Sociedades Familiares, sean Anónimas o de Responsabilidad Limitada pueden ser de gran utilidad estas prestaciones accesorias. La especial implicación de los componentes de estas sociedades en el desarrollo de la actividad social les llevará en muchas ocasiones a llevar a cabo actuaciones, a abstenerse de realizar otras, o a proporcionar bienes más allá de lo que le viene exigido por su estricta aportación. Es más, en estas Sociedades Familiares determinados servicios o actividades para los que algunos socios están especialmente preparados y, que, en concepto de aportación quedan excluidos, podrán realizarse por esta vía.

18³) Las reformas legislativas últimas tratan de agilizar la constitución de ambas sociedades y la adopción de actos societarios, a fin de mejorar la competitividad del entorno empresarial, reducir trabas administrativas y eliminar trabas injustificadas para las empresas. Así se desprende, sin ambages, del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo²⁶. Respecto a ambas sociedades se prevé, en el art. 5 de este Real Decreto la constitución por vía telemática, si bien en términos no totalmente coincidentes. Asimismo el art. 6 de esta norma reduce respecto a ambas sociedades las cargas administrativas vinculadas a actos societarios. Entre otros preceptos, modifica el art. 35 de la LSC, dejándolo redactado con este tenor:

“Una vez inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, el registrador mercantil remitirá para su publicación, de forma telemática y sin coste adicional alguno, al Boletín Oficial del Registro Mercantil, los datos relativos a la escritura de constitución que reglamentariamente se determinen”.

La misma orientación se contiene en Disposición Final Vigésima Sexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible²⁷, que proclama:

“En el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de esta Ley, se elaborará un estudio, para su elevación a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, sobre las medidas de simplificación y agilización de creación de empresas. Dicho estudio incluirá las recomendaciones oportunas sobre las modificaciones normativas y organizativas necesarias para continuar avanzando en la simplificación, agilización y plena implantación de medios telemáticos en los trámites para la constitución de sociedades, así como en su extensión a otros supuestos de creación de empresas”.

4. La Sociedad de Responsabilidad Limitada como tipo social más utilizado en la Sociedad Familiar

4.1. Consideraciones generales

La Exposición de Motivos (apartado III) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, al tratar de caracterizar las Sociedades de Responsabilidad Limitada, y hallar acomodo para ellas en la clasificación de las sociedades en personalistas y capitalistas²⁸, manifiesta que éstas:

²⁶ BOE núm. 293, de 3 de diciembre de 2010. Se trata, según confiesa el apartado IV de la Exposición de Motivos de este Real-Decreto, de ahorrar costes a las empresas, eliminando fundamentalmente la obligación de dar publicidad mediante periódicos a los actos societarios de constitución, modificación de estatutos, reducción de capital, convocatoria de juntas de accionistas o disolución.

²⁷ BOE núm. 5, de 5 de marzo de 2011.

²⁸ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (1994).

“se han configurado tradicionalmente más como unas anónimas simplificadas y flexibles que como sociedades personalistas en las que los socios gocen del beneficio de responsabilidad por las deudas contraídas en nombre de la sociedad. En España las limitadas no son una anónima *por fuera* y una colectiva *por dentro*. A pesar del sincretismo del régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada, en el que se combinan elementos procedentes de muy distintos modelos legislativos, prevalece en ese régimen la adscripción a la matriz común de las sociedades de capital, con estructura corporativa relativamente rígida. El éxito en la práctica española de esa tradicional opción de política legislativa pone de manifiesto el acierto de los legisladores de 1953 y de 1995, siendo pocos los casos en los que, dentro del límite infranqueable representado por las normas imperativas y por los principios configuradores, la autonomía privada ha decidido añadir algún tinte personalista”.

A la postre, Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada son –ambas– sociedades de capital, que sin embargo poseen características diferenciales, como tendremos ocasión de comprobar.

En un intento de precisar cuál de estas dos sociedades, la Sociedad Anónima o la Sociedad de Responsabilidad Limitada, goza de mayor favor entre los interesados en constituir una Sociedad Familiar, cabe reseñar que en la praxis se tiende a utilizar con mayor asiduidad el tipo social de Sociedad de Responsabilidad Limitada²⁹.

Se sigue así, respecto a las Sociedades Familiares, la tónica general de utilización preferente en la práctica de este tipo social³⁰. En este sentido la Exposición de Motivos (apartado III) de la LSC reconoce claramente que estas Sociedades de Responsabilidad Limitada son “con mucho, las que concitan la preferencia de los operadores económicos”.

Aun así, conviene igualmente dejar constancia de que es posible que la Sociedad Familiar cotice en un Mercado Secundario de Valores. En ese caso, la Sociedad Familiar para obtener financiación puede invitar al público, a los ahorradores, a invertir en esa sociedad. Importa reseñar a los efectos que aquí interesan que una Sociedad Familiar que se decante por la cotización en Bolsa de Valores no por ello pierde el carácter de sociedad

²⁹ Véase la *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*, elaborada por la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa y publicada en el 2003 por el Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía, disponible en http://www.laempresa.familiar.com/media/upload/pdf/empresa_familiar_guia.pdf. En ella se señala que “por cada sociedad anónima existen cerca de seis sociedades limitadas. Esta proporción es mucho mayor si se analiza la constitución de sociedades; en la actualidad, aproximadamente, por cada sociedad anónima creada se constituyen veintidós sociedades limitadas”. En la doctrina son abundantes los pronunciamientos doctrinales que inciden en las ventajas de la elección del tipo social de Sociedad de Responsabilidad Limitada. Así, entre otros, IGLESIAS PRADA (1994); VICENT CHULIÁ (2002) y RODRÍGUEZ ARTIGAS (2005).

³⁰ Según las estadísticas en el año 2009 se constituyeron 1.148.820 Sociedades de Responsabilidad Limitada frente a 109.330 Sociedades Anónimas (AA.VV., 2010).

familiar (Cerdá Albero, 2004)³¹. Ahora bien, en esta hipótesis la Sociedad Familiar cotizada obligatoriamente debe adoptar la forma de Sociedad Anónima. Y ello porque, como establece el art. 46 de la Ley del Mercado de Valores, en la Bolsa de Valores sólo se negocian “valores negociables y otros instrumentos financieros”, detallados en el art. 2 de la misma Ley, entre los que no figuran las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Como ha subrayado la doctrina (AA.VV., 2010), la salida a Bolsa de las acciones de esa Sociedad Familiar cotizada lleva consigo algunas ventajas, entre las que pueden reseñarse que la financiación de la sociedad puede resultar más fácil de conseguir y a menor precio; que las acciones de la sociedad van a disponer de un valor de mercado, que les confiere mayor liquidez; que la cotización refuerza el prestigio de la Sociedad Familiar; o que favorece la expansión internacional de la Empresa Familiar (Rovira del Canto y Castrodeza Vía, 2004).

No obstante, entre los inconvenientes, y a veces no de menor importancia, puede mencionarse la pérdida de control y poder de los accionistas-familiares en las sociedades cotizadas. No obstante, para evitar este efecto, Cerdá Albero (2004: 98) ha apuntado que cabe hacer lo siguiente: “la participación de la familia queda registrada en una sociedad o agencia de valores (por lo general, filiales de bancos) con instrucciones de que no se transmita. Ello se traduce en que sólo una parte del capital (el que no está en manos de la familia) se negocia: es el llamado *free float*.”

Con independencia de lo anterior, puede suceder que en un estadio sucesivo a la constitución de la Sociedad Familiar Anónima o de Responsabilidad Limitada se opte por formar un grupo de sociedades. Grupo de sociedades que suele revestir la estructura de sociedad holding familiar Anónima o de Responsabilidad Limitada a la que se aportan las participaciones que tienen los socios en las sociedades del grupo y siendo además la sociedad holding socio de todas éstas (AA.VV., 2010).

4.2. Diferencias de régimen jurídico entre la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada y adecuación a las Sociedades Familiares

4.2.1. Introducción

Aun compartiendo la consideración y calificación como sociedades capitalistas, existen diferencias de régimen jurídico entre la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, que han de ser consideradas por los fundadores de Sociedades Familiares, a efectos de orientar su elección hacia el tipo social que más convenga a sus intereses.

³¹ Como destaca CERDÁ ALBERO (2004: 97-98), “no pocas de las sociedades españolas cotizadas más importantes (las que integran el Ibex35) son sociedades controladas por familias (Corporación Financiera Alba, Ferrovial, Inditex, Prisa, Sol Meliá)”.

A este propósito cabe traer a colación el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LSC de 2010, en el que tratando de arrojar luz en el tema de la distinción entre ambos tipos sociales matiza los siguientes:

“En el plano teórico la distinción entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada descansa en una doble característica: mientras que las primeras son sociedades naturalmente abiertas, las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades esencialmente cerradas; mientras que las primeras son sociedades con un rígido sistema de defensa del capital social, cifra de retención y, por ende, de garantía para los acreedores sociales, las segundas, en ocasiones, sustituyen esos mecanismos de defensa -a veces más formales que efectivos- por regímenes de responsabilidad, con la consiguiente mayor flexibilidad de la normativa (...). [I]nteresa señalar que esa contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades cerradas no es absoluta, por cuanto que, como la realidad enseña, la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas -salvo, obviamente, las cotizadas- son sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones. El modelo legal subyacente no se corresponde con el modelo real, y esta circunstancia ha sido tenida en cuenta por el legislador español y ha debido ser tomada en consideración a la hora de elaborar el texto refundido. Se produce así, en ese plano de la realidad, una superposición de formas sociales, en el sentido de que para unas mismas necesidades -las que son específicas de las sociedades cerradas- se ofrece a la elección de los particulares dos formas sociales diferentes, concebidas con distinto grado de imperatividad, sin que el sentido de esa dualidad pueda apreciarse siempre con claridad. De este modo queda sin respuesta la pregunta de cuál debe ser en el futuro la relación entre las dos formas principales de las sociedades de capital y la de si el tránsito de una a otra debe respetar los requisitos establecidos para la transformación o si se debe facilitar a través de técnicas más ágiles y sencillas. Más que una rígida contraposición por razón de la forma social elegida, la distinción esencial radicaría en tener o no la condición de sociedad cotizada. El importante papel de las sociedades cotizadas en los mercados de capitales hace necesaria una intervención pública en la actividad económica orientada por una parte a la protección al inversor y por otra a la estabilidad, eficiencia y buen funcionamiento de los mercados financieros”.

Por nuestra parte, y sin ánimo de agotar el tratamiento de todas las disparidades entre ambas sociedades, que nos llevaría a un estudio absolutamente exhaustivo y minucioso de los dos tipos sociales que haría excesivamente amplio el tratamiento del tema, pretendemos dejar constancia de las principales diferencias que ha recogido el legislador al regular estas sociedades.

4.2.2. Principales divergencias de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas y las Sociedades de Responsabilidad Limitada y adaptación a las Sociedades Familiares

A este respecto podemos sintetizarlas en las siguientes:

A) El límite mínimo del capital

El límite mínimo de capital establecido por el legislador para estas sociedades es diferente: sesenta mil euros para la sociedad anónima y tres mil euros para la sociedad de responsabilidad limitada (art. 4 LSC).

La cifra moderada de capital exigido en ambos casos no representa ciertamente un obstáculo decisivo en la constitución de las Sociedades Familiares, máxime si, como vamos a ver, en el caso de la Sociedad Anónima en la etapa fundacional sólo se exige el desembolso de una cuarta parte de dicho importe.

No hay que ignorar, además, que el carácter de pequeñas o medianas empresas no está reñido, sino todo lo contrario, con la necesidad de fijar *a priori* un capital mínimo, que en virtud del principio de efectividad debería tener una correspondencia patrimonial suficiente para el desarrollo del objeto social.

B) El desembolso del capital exigido en la etapa fundacional

El desembolso del capital requerido por el legislador es distinto en la Sociedad Anónima y en la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Mientras en las Sociedades Anónimas se exige que en el momento de otorgar escritura de constitución de la sociedad esté desembolsada la cuarta parte del valor nominal de cada una de las acciones que integran el capital (art. 79 LSC), en la Sociedad de Responsabilidad Limitada cuando se otorgue escritura de constitución de la sociedad debe estar íntegramente desembolsado el valor nominal de cada una de las participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad (art. 78 LSC).

De esta suerte, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada no existen dividendos pasivos, como si ocurre en la Sociedad Anónima.

En la Sociedad Anónima, como no podía ser de otra forma, se contemplan normas relativas a las aportaciones no dinerarias aplazadas y a los desembolsos pendientes (arts. 80 y 81 LSC). Con todo, hay que tener en cuenta que el plazo de desembolso de las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima será el fijado en los estatutos. En cualquier caso, debe respetarse lo dispuesto por el art. 80.2 de la LSC, en virtud de la cual el plazo de desembolso con cargo a aportaciones no dinerarias no podrá exceder de cinco años desde que se ha constituido la sociedad.

Respecto a las Sociedades Familiares, como se viene diciendo, se suele acudir al tipo social de Sociedad de Responsabilidad Limitada pero no sólo o no siempre por razón del capital mínimo, inferior al de la Sociedad Anónima. Conscientes de que las generalizaciones suelen arrojar resultados erróneos, parece más sensato pensar que cada Sociedad Familiar que se pretenda constituir tendrá sus peculiaridades, entre las cuales –y no de menor importancia–, figura la cuestión de las aportaciones que están dispuestos a comprometer en la sociedad, a cambio de las cuales se convierten en socios. Efectivamente habrá Sociedades Familiares de dimensiones muy reducidas en las que se opte por la Sociedad de Responsabilidad Limitada por el menor desembolso exigido de

partida. No obstante, en muchas Sociedades Familiares el desembolso impuesto en la Sociedad Anónima no parece ser el lastre insalvable de la constitución mediante esta forma social. Lejos de esto, son otras las razones, como la mayor flexibilidad permitida a las Sociedades de Responsabilidad Limitada o la mayor personalización conseguida con estas sociedades las que coadyuvan a su elección.

C) La configuración de las partes en que se divide el capital social

Se aprecia una diferencia importante en la configuración de las partes en que se divide el capital de la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

En efecto, las acciones en las que se divide el capital de la Sociedad Anónima permite el legislador que estén representadas mediante títulos o por medio de anotaciones en cuenta. Y en ambos casos, sean títulos o anotaciones, tienen la consideración de valores mobiliarios (art. 92.1 LSC). En principio, le corresponde a los fundadores de la Sociedad Anónima elegir entre uno u otro sistema de representación, haciendo constar en los estatutos la forma de representación por la que se ha optado (art. 23, d) LSC). No obstante, debe tenerse en cuenta que las sociedades que pretendan acceder o permanecer admitidas a cotización en un mercado secundario oficial de valores obligatoriamente deberán representar sus acciones por medio de anotaciones en cuenta (art. 496 LSC).

Las acciones representadas por títulos pueden ser nominativas o al portador, si bien en determinados casos por prescripción legal deben ser nominativas (art. 113 LSC). Estas acciones figurarán en el "libro-registro de acciones nominativas" que habrá de llevar la sociedad (art. 116 LSC).

En las acciones representadas por anotaciones en cuenta se produce una "desmaterialización" o "desincorporación", habida cuenta que no se van a emitir títulos o documentos-acción. Las acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta se constituirán como tales mediante su inscripción en el correspondiente registro contable (art. 8 de la Ley del Mercado de Valores - LMV) y se regirán por la normativa reguladora del mercado de valores (art. 118 LSC). La llevanza de dicho registro será atribuida a una única entidad en los términos fijados por el art. 7 de la LMV. La persona que aparezca legitimada en los asientos del registro contable se presumirá titular legítimo (art. 11 LMV). La transmisión de las acciones representadas por anotaciones en cuenta tendrá lugar por transferencia contable (art. 9 LMV).

En claro contraste con las acciones, las participaciones sociales en las que se divide el capital de la Sociedad de Responsabilidad Limitada quedan sujetas a tres limitaciones importantes:

- a) que no podrán estar representadas ni mediante títulos ni por medio de anotaciones en cuenta;
- b) que no podrán denominarse acciones y
- c) que en ningún caso tendrán el carácter o la consideración de valores (art. 92.2 LSC).

Asoma aquí el carácter cerrado de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, cuyas participaciones se configuran distanciándolas lo más posible, tanto en su denominación como en su fisonomía, de la negociabilidad típica de las acciones.

Con todo, la preferencia mostrada por los fundadores de Sociedades Familiares por la Sociedad de Responsabilidad Limitada se comprende mucho mejor con la lectura conjunta de esta característica diferenciadora con otras que veremos a continuación, entre las cuales se encuentra la propia regulación de las restricciones a la transmisibilidad de las participaciones que permite reforzar el carácter cerrado de la Sociedad.

D) La transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales y sus restricciones

El régimen de transmisión y las restricciones a la transmisión de las acciones de la Sociedad Anónima y de las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada es diferente.

D.1. Transmisión: restricciones a la transmisibilidad de las acciones

En lo que se refiere a las acciones de la Sociedad Anónima, como es sabido, son esencialmente transmisibles. En principio, son libremente transmisibles, de suerte que el principio de la libre transmisibilidad vendría a ser uno de los principios configuradores de la Sociedad Anónima (Sánchez Calero y Sánchez Calero-Guilarte, 2010).

No obstante, teniendo en cuenta el principio de autonomía de la voluntad, los fundadores podrán restringir la libre transmisibilidad de las acciones. Estas restricciones pueden tener su origen, de una parte, en pactos o convenios entre los socios, no incorporados a los estatutos (así, entre otros los sindicatos de bloqueo). En ese caso sólo tendrán efecto *inter partes*, sin que sean oponibles a la sociedad.

De otra parte, y de mayor interés en el tema que nos ocupa, estas restricciones pueden incorporarse a los estatutos sociales. La introducción de cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad está pensada para aquellas sociedades que se quieren configurar como cerradas, formadas por pocos socios, y constituidas *intuitus personae*. Una Sociedad que incluya en sus estatutos este tipo de cláusulas bien podría servir a las pretensiones de las Sociedades Familiares, de agrupar a los miembros de la familia, ejerciendo estos el control y la gestión de la misma, excluyendo la entrada de extraños en la sociedad.

Las diversas restricciones estatutarias pueden clasificarse en las tres siguientes: en primer lugar, cláusulas que condicionan la transmisión al previo consentimiento o autorización de la sociedad. En segundo lugar, cláusulas que reconozcan un derecho de adquisición preferente a favor de los accionistas, la sociedad o un tercero. Finalmente, aquellas que exigen que el transmitente reúna determinadas condiciones (Sánchez Calero y Sánchez Calero-Guilarte, 2010).

Estas restricciones para que tengan efecto frente a la sociedad deben ajustarse a lo dispuesto en los arts. 123 de la LSC y 123 del RRM. De ellos se desprenden los siguientes límites:

- a) Sólo serán válidas cuando estén expresamente impuestas por los estatutos, recaigan sobre acciones nominativas y se exprese el contenido de la restricción (art. 123.1 de la LSC y del RRM).

Importa reseñar que las cláusulas de autorización de la transmisión por la sociedad, otorgada salvo disposición estatutaria contraria por los administradores, deben especificar las causas que permitan denegarla. Además si transcurriesen dos meses desde la solicitud de autorización sin obtener respuesta de la sociedad se entenderá concedida esta autorización (art. 123.3 LSC).

Respecto a las cláusulas que reconozcan un derecho de adquisición preferente debe determinarse con precisión cuáles son las transmisiones en las que existe la preferencia (art. 123.3 RRM).

Se pueden introducir restricciones a la libre transmisibilidad en los estatutos fundacionales o posteriormente, mediante modificación estatutaria. En este último caso, el legislador establece que los accionistas afectados que no votaron a favor del acuerdo no van a quedar sometidos a él durante los tres meses siguientes a la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 123.1 LSC), lo que significa que en ese plazo podrán transmitir libremente sin que les afecten las restricciones.

- b) Estas cláusulas estatutarias serán nulas si, a resultas de las mismas, las acciones sobre las que recaen se vuelven prácticamente intrasmisibles. Así sucedería, por ejemplo, con aquellas cláusulas que exigieran para poder transmitir las acciones el consentimiento unánime de los demás socios, o unas mayorías tan reforzadas que conviertan a esos socios en prisioneros de la sociedad, al no alcanzar las mayorías necesarias para poder transmitir, lo que además sería contrario a los principios configuradores de la Sociedad Anónima (art. 123.2 LSC).
- c) En principio, tampoco podrán inscribirse las restricciones estatutarias que impidan al accionista obtener el valor real de sus acciones (art. 123.6 RRM).
- d) El legislador permite la inscripción de cláusulas estatutarias que prohíban la transmisión voluntaria de las acciones por un plazo no superior a dos años a contar desde la constitución de la sociedad (art. 123.4 LSC). De esta forma los socios asumen el compromiso de consolidar el proyecto empresarial, que podría ser perfectamente organizado en una Sociedad Familiar, sin abandonar la sociedad ante las primeras dificultades que surjan en su andadura inicial.
- e) En lo que toca a las transmisiones *mortis causa* las restricciones a la transmisibilidad de las acciones sólo les afectarán si lo establecen expresamente los estatutos. Además, en tal caso, la sociedad sólo podrá rechazar la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas si efectúa al heredero una oferta de adquisición, bien presentándole un adquirente de las acciones o bien ofreciéndose ella misma a adquirir las por su valor razonable (art. 124 LSC).
- f) En cuanto a las transmisiones forzosas, derivadas de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, se aplicará lo dispuesto para las transmisiones *mortis causa* (art. 125 LSC).

D.2. Transmisión: restricciones a la transmisibilidad de las participaciones sociales

En lo que concierne al régimen jurídico de la transmisión de las participaciones sociales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada³², se aprecian sustanciales diferencias con el establecido para la transmisión de acciones de la Sociedad Anónima.

Como rasgos característicos de esta transmisión podemos destacar los siguientes: En primer lugar toda transmisión de participaciones debe notificarse a la Sociedad y ha de hacerse constar en el Libro Registro de Socios que han de llevar las Sociedades de Responsabilidad Limitada, de modo que la sociedad sólo reputará socio a quien figure inscrito en este Libro (art. 104 LSC).

En segundo lugar, la transmisión de las participaciones sociales tendrá que constar en documento público (art. 106 LSC).

En tercer lugar, salvo disposición contraria de los estatutos, la transmisión de participaciones sociales por actos *inter vivos* es libre cuando se realice entre socios, en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente (art. 107.1 LSC).

En las Sociedades Familiares, en las que se persigue mantener la intimidad familiar, será muy conveniente delimitar hasta dónde llega el reducto familiar que se considera familia y que presumiblemente mantiene unas aceptables relaciones familiares con los consocios que constituyeron dichas sociedades. Es sumamente importante, pues –como se ha afirmado en la doctrina (Perdices Huetos, 2005)– “el régimen supletorio de la sociedad limitada construye una suerte de sociedad familiar presunta a estos efectos, ya que el legislador ha presumido que, en punto a las transmisiones entre vivos, las cualidades o aptitudes que llevaron a los socios a elegirse recíprocamente como consocios están presentes, en general, en sus parientes más próximos, presunción que como a nadie se le escapa puede resultar demasiado arriesgada” (Perdices Huetos, 2005: 491).

Así las cosas, la prudencia aconseja que se recojan en los estatutos cláusulas que determinen claramente los grados y líneas que abarca la libre transmisión; posibles requisitos que han de cumplir los adquirentes de las participaciones sociales (*verbi gratia*, formación académica o profesional); si se restringe la transmisibilidad respecto al cónyuge del socio o si, poseyendo el cónyuge también la cualidad de socio, se establecen reglas particulares de transmisión de su participación en el supuesto de separación o divorcio, tales como la de fijar como causa de exclusión de la sociedad la pérdida de condiciones familiares o contemplar cláusulas de rescate o de obligación de venta de participaciones del que serían beneficiarios los socios.

A este propósito, cabe traer a colación el art. 188 del RRM, que reconoce que son inscribibles en el Registro Mercantil “las cláusulas estatutarias por las que se reconozca un derecho de adquisición preferente en favor de todos o alguno de los socios, o de un tercero, cuando expresen de forma precisa las transmisiones en las que exista la

³² Sobre este tema, puede verse VÉRGEZ SÁNCHEZ (1999).

preferencia, así como las condiciones de ejercicio de aquel derecho y el plazo máximo para realizarlo" (art. 188.2 RRM). A su vez, el art. 188.3 admite la inscripción en el Registro Mercantil de "las cláusulas estatutarias que impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas determinadas cuando concurren circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los estatutos".

En cuarto lugar, fuera de los supuestos de libre transmisión, las transmisiones voluntarias por actos *inter vivos*, *mortis causa* o en caso de transmisión forzosa han de respetar el régimen de transmisión, incluidas las restricciones, establecidas en la Ley o los estatutos. Aquellas transmisiones de participaciones sociales que no se ajusten a lo establecido en la ley o en los estatutos no producirán efecto alguno frente a la sociedad (art. 107.1 en relación con el 112 LSC).

En quinto lugar, respecto a la transmisión voluntaria de participaciones *inter vivos* el legislador, por una parte, alude a determinadas cláusulas estatutarias que considera prohibidas. Y, por otra, dicta normas supletorias, aplicables en defecto de regulación estatutaria.

En lo que se refiere a las cláusulas estatutarias prohibidas, proclama el legislador que "serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*" (art. 108.1 LSC). Deja bien claro el legislador que la Sociedad de Responsabilidad Limitada es una sociedad cerrada, en la que no son indiferentes las personas de los socios. Esta configuración casa perfectamente con el espíritu que preside una buena parte de las Sociedades Familiares.

Como vimos al analizar los rasgos comunes entre la Sociedad Anónima y la de Responsabilidad Limitada, también se consideran nulas las cláusulas estatutarias por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número menor al de las ofrecidas (art. 108.2 LSC).

Asimismo serán nulas las cláusulas que impidan *sic et simpliciter* la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*. Ahora bien, hay que destacar que el legislador declara textualmente que son válidas las cláusulas estatutarias que prohíban la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* cuando los estatutos reconozcan el derecho del socio a separarse de la sociedad en cualquier momento. Con todo, para incorporar estas cláusulas a los estatutos sociales se requiere el consentimiento de todos los socios (art. 108.3 LSC). Estas cláusulas pueden ser interesantes en las Sociedades Familiares cerradas, en las que en no pocas ocasiones se considera como solución más acorde con el interés social la de no permitir la entrada de extraños, ofreciendo como compensación a los accionistas el derecho a abandonar la sociedad para no convertirlos en esclavos de la sociedad.

Al margen de lo anterior, los estatutos podrán impedir la transmisión voluntaria de las participaciones por actos *inter vivos*, o el ejercicio del derecho de separación, por un plazo máximo de cinco años a contar desde la constitución de la sociedad, o para las participaciones procedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución (art. 108.4 LSC). Se trata aquí de asumir el compromiso

mutuo de no abandonar la sociedad, bien transmitiendo la participación, bien ejercitando el derecho de separación, en el plazo prudencial que se haya pactado en los estatutos, no superior a cinco años. Y ello con el propósito de no truncar el desarrollo del objeto social, y darse un tiempo para su ejecución, independientemente de que los resultados sean prósperos o adversos. La incorporación de cláusulas de este tenor puede ser especialmente útil en las Sociedades Familiares, en las que los miembros de la familia se embarcan en la explotación de un negocio, planificado para perdurar en el tiempo con la saga familiar.

De forma más general el art. 188 del RRM proclama: "Serán inscribibles cualesquiera cláusulas que restrinjan la transmisión de todas o de algunas de las participaciones sociales, sin más limitaciones que las establecidas por la Ley".

En lo que se refiere al régimen supletorio aplicable a la transmisión voluntaria *inter vivos* a falta de regulación estatutaria, se contiene en el art. 107 de la LSC y, en síntesis, es el siguiente:

- a) El socio que pretenda transmitir su participación o participaciones "deberá comunicarlo por escrito a los administradores, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión". De esta declaración cabe extraer algunas conclusiones: que esta comunicación debe hacerse necesariamente por escrito, a los administradores; que puede referirse a todas o sólo algunas de las participaciones (art. 108.2 de la LSC); que "la identidad del adquirente" abarca también, pese al tenor literal, la de los "adquirentes", si son varios; y que respecto a las condiciones de la transmisión habrá que indicar si es a título oneroso o gratuito (Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, 2010).
- b) Una vez recibida la notificación por parte de los administradores, la sociedad debe pronunciarse sobre la transmisión, aprobando o denegando la transmisión. mediante acuerdo de la Junta General, convocada a tal efecto. La Junta adoptará este acuerdo por la mayoría ordinaria establecida en el art. 198 de la LSC; a saber: mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen, por lo menos, un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. Ha de tenerse en cuenta que, conforme al art. 190.2 de la LSC, las participaciones sociales del socio que pretende efectuar la transmisión se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos, habida cuenta que este socio no podrá ejercer su derecho de voto por el evidente conflicto de intereses que se produce (art. 190.1 LSC).
- c) Si la Junta General otorga su consentimiento el transmitente podrá transmitir las participaciones en las condiciones manifestadas a la sociedad.
- d) La sociedad sólo podrá denegar el consentimiento si notifica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones. Esta comunicación al transmitente no será necesaria si asistió a la Junta.

- e) Los socios concurrentes a la Junta tienen preferencia para la adquisición. Si fuesen varios los concurrentes interesados en adquirir, se distribuirán las participaciones entre todos ellos a prorrata de su participación en el capital social.
- f) Si la sociedad no puede comunicar al socio transmitente la identidad de uno o varios socios o terceros adquirentes de la totalidad de las participaciones, la Junta general podrá acordar que sea la propia sociedad la que adquiera las participaciones que ningún socio o tercero aceptado por la Junta quiera adquirir. Dicha adquisición por la sociedad debe sujetarse a los requisitos establecidos para la adquisición derivativa de participaciones propias (art. 140 LSC).
- g) El precio de las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación, serán las acordadas y comunicadas a la sociedad por el socio transmitente. Si se hubiera aplazado el pago de la totalidad o de parte del precio para la adquisición de las participaciones será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado. Si la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el convenido por las partes y, en su defecto, el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Por valor razonable ha de entenderse el que determine un auditor de cuentas, distinto del auditor de la sociedad, designado a tal efecto por los administradores de ésta.
- h) El documento público de transmisión tendrá que otorgarse en el plazo de un mes a contar desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente o adquirentes.
- i) En cualquier caso, el socio podrá transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad, cuando hayan transcurrido tres meses desde que hubiera puesto en conocimiento de la sociedad su propósito de transmitir sin que ésta le hubiera comunicado la identidad del adquirente o adquirentes.

En sexto lugar, en cuanto al régimen de la transmisión forzosa, el art. 109 de la LSC declara que el juez o autoridad administrativa que haya decretado el embargo de participaciones sociales, en cualquier procedimiento de apremio, deberá notificarlo inmediatamente a la sociedad, haciendo constar la identidad del embargante así como las participaciones embargadas. La sociedad procederá a anotar el embargo en el Libro Registro de Socios, remitiendo de inmediato a todos los socios copia de la notificación recibida. Una vez celebrada la subasta o, tratándose de cualquier otra forma de enajenación forzosa legalmente prevista, en el momento anterior a la adjudicación, quedará en suspenso la aprobación del remate y la adjudicación de las participaciones sociales embargadas. El juez o la autoridad administrativa tendrán que remitir a la sociedad testimonio literal del acta de subasta o del acuerdo de adjudicación y, en su caso, de la adjudicación solicitada por el acreedor. La sociedad trasladará copia de dicho testimonio a todos los socios en el plazo máximo de cinco días desde la recepción del mismo. El remate o la adjudicación al acreedor serán firmes cuando haya transcurrido un mes desde la recepción por la sociedad de dicho testimonio. En tanto no adquieran firmeza, los socios y, en su defecto, y únicamente para el caso de que los estatutos establezcan en su favor el derecho de adquisición preferente, la sociedad, podrán subrogarse en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor, aceptando expresamente todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados. En caso de

subrogación ejercitada por varios socios, se distribuirán las participaciones entre todos a prorrata de sus respectivas partes sociales.

En séptimo lugar, en lo que concierne a la transmisión *mortis causa*, se aplica el art. 110 de la LSC, según el cual: "La adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio".

A renglón seguido, hace referencia a la posibilidad de incluir en los estatutos cláusulas en las que se recoja un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido a favor de los socios sobrevivientes, y, en su defecto, a favor de la sociedad. Estas participaciones deberán ser apreciadas en el valor razonable que tuvieren el día del fallecimiento del socio, debiéndose pagar el precio al contado. El derecho de adquisición tendrá que ejercitarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.

La posibilidad de recoger cláusulas estatutarias del tenor citado, que cortapisen la entrada del heredero o legatario, pueden servir para evitar conflictos familiares que pudieran originarse en el seno de la Sociedad Familiar, debido a la entrada de personas con valores éticos o visión de los negocios totalmente diferente a la que está en la base de la constitución de la Sociedad Familiar.

Finalmente, en relación con el régimen de transmisión, debe traerse a colación el art. 346.2 de la LSC, que al regular las causas de separación del socio, declara textualmente que en las Sociedades de Responsabilidad Limitada tendrán derecho a separarse de la sociedad "los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales". Esta causa de separación adquiere particular importancia en las Sociedades Familiares, pues si la modificación del régimen de transmisión discurriese en un sentido poco proclive a la conservación de los valores familiares parece justificado permitir la separación del socio disconforme.

E) La valoración de las aportaciones no dinerarias

La LSC establece un régimen diferente respecto a la valoración de las aportaciones no dinerarias en cuanto a la previsión de intervención de un experto. Así, mientras se contempla en Sociedades Anónimas, no se recoge en la regulación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

En efecto, en la Sociedad Anónima, con el fin de dar cumplimiento al principio de efectividad del capital, se exige que todas las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, sean objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes, designados por el Registrador Mercantil del domicilio social (art. 67 LSC)³³.

Este informe debe incorporarse como anexo a la escritura de constitución de la sociedad o a la de ejecución del aumento del capital social, refiriéndose este último caso a las

³³ Véase sobre este tema DÍAZ GÓMEZ (1997; 2011 en prensa).

aportaciones *in natura* que se efectúen con ocasión de un aumento del capital social (art. 71.2 LSC).

No obstante, se prevén algunas excepciones a la exigencia del informe. Así, en primer lugar, cuando la aportación consista en valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario determina el legislador que “estos bienes se valorarán al precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de la realización efectiva de la aportación, de acuerdo con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate”. Habrá que tener en cuenta, no obstante, que pese a la existencia de ese valor los administradores de la sociedad deberán solicitar el nombramiento de experto independiente para que emita informe cuando dicho precio se hubiera visto afectado por circunstancias excepcionales que hubieran podido modificar significativamente el valor de los bienes en la fecha efectiva de la aportación (art. 69.a) LSC).

En segundo lugar, tampoco se requerirá el informe del experto cuando la aportación consista en bienes distintos cuyo valor razonable se hubiera determinado, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación, por experto independiente no designado por las partes, de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente aceptados. Ahora bien, en caso de concurrir nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes a la fecha de la aportación, los administradores tendrán que solicitar el nombramiento de experto independiente para que emita informe, en los términos previstos en el art. 69.b) de la LSC.

Con todo, no hay que olvidar que cualquiera de las aportaciones *in natura* realizada sin informe de expertos independientes designados por el Registro Mercantil, requiere la elaboración de un informe por parte de los administradores (art. 70 LSC).

A diferencia de lo que sucede en Sociedades Anónimas, en la regulación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada no se consagra la exigencia de informe alguno de experto independiente respecto a las aportaciones no dinerarias. A fin de garantizar la efectividad del capital, evitando sobrevaloraciones de los bienes aportados se reemplaza la exigencia del informe de experto por la responsabilidad solidaria recogida en los artículos 73 y siguientes de la LSC. La amenaza de imposición de esta responsabilidad actúa de freno de la sobrevaloración de las aportaciones *in natura*. Y si a pesar de todo hubiese sobrevaloración el círculo amplio de sujetos a los que se extiende la responsabilidad garantizan el respaldo patrimonial de las participaciones recibidas por los bienes sobrevalorados.

Según este régimen de responsabilidad se contempla un amplio grupo de sujetos que van a responder de que las aportaciones no dinerarias son reales y tienen el valor expresado en la escritura. Así van a responder los fundadores, las personas que ostentaran la condición de socio en el momento de acordarse el aumento de capital, y quienes adquieran alguna participación desembolsada mediante aportaciones no

dinerarias. Y van a responder de manera solidaria frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales. Además, si el verdadero fundador, interesado en la constitución de la sociedad, permaneciese oculto, actuando a través de un fundador aparente o testaferro, a modo de sanción establece el legislador que la responsabilidad de los fundadores aparentes se extenderá “a las personas por cuya cuenta hayan obrado estos” (art. 73.1 LSC).

Al margen de lo anterior, si se tratase de un aumento del capital social con cargo a aportaciones no dinerarias, además de las personas mencionadas, deberán responder solidariamente los administradores por la diferencia entre la valoración que hubiesen realizado y el valor real de las aportaciones (art. 73.3 LSC). Puede suceder que en la Junta General en la que se adopte el acuerdo de aumento con aportaciones no dinerarias haya socios que, por no compartir la valoración asignada a la/s concretas aportación/es hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo o a la valoración atribuida a la aportación. En tal caso quedarán exentos de responsabilidad por la sobrevaloración de dichas aportaciones (art. 73.2 LSC).

La acción de responsabilidad deberán ejercitarla los administradores o los liquidadores de la sociedad, sin que se requiera acuerdo previo de la sociedad. También admite el legislador que esta acción la ejercite cualquier socio que hubiera votado en contra del acuerdo siempre que represente, como mínimo, el cinco por ciento del capital social. En caso de insolvencia de la sociedad se reconoce legitimación activa a cualquier acreedor (art. 74 LSC).

El plazo de prescripción de la acción es de cinco años contados desde la fecha de realización de la aportación (art. 75 LSC).

El régimen de responsabilidad al que se acaba de hacer referencia no ha de entenderse en el sentido de que el legislador prohíba la elaboración de informe de experto independiente sobre las aportaciones *in natura*. Lejos de esto el art. 76 concede una ventaja a quienes sometan su aportación a este informe; a saber: la exclusión de responsabilidad solidaria por dichas aportaciones.

Como puede fácilmente entenderse, en punto a la valoración de las aportaciones no dinerarias el menor formalismo exigido respecto a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, unido al ahorro de costes que supone la no exigencia del informe de experto independiente, hace de esta forma social un tipo más apropiado para constituir una Sociedad Familiar.

F) El/los procedimiento/s de constitución de la Sociedad

Asoma también en este punto la disparidad entre la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Así el art. 19 de la LSC, tras manifestar que “[l]as sociedades de capital se constituyen por contrato entre dos o más personas o, en caso de sociedades unipersonales, por acto unilateral”, añade que “[l]as sociedades anónimas podrán constituirse también en forma sucesiva por suscripción pública de acciones”.

Queda patente, pues, que las Sociedades Anónimas pueden constituirse en forma sucesiva, entendiendo el legislador, en el art. 41 de la LSC, que se produce esta fundación sucesiva y, por tanto, se aplica la normativa relativa a la misma:

“Siempre que con anterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad anónima se haga una promoción pública de la suscripción de las acciones por cualquier medio de publicidad o por la actuación de intermediarios financieros...”.

La constitución sucesiva, escasamente utilizada debido a su complejidad, discurre por una serie de fases, recogidas en los arts. 42 y siguientes de la LSC. Así, en una primera fase los promotores deben redactar el programa de fundación y comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el proyecto de emisión. Los promotores deben redactar además un folleto informativo y un informe técnico sobre la viabilidad de la sociedad proyectada. Posteriormente, en una segunda fase, los promotores deben aportar a la CNMV una copia de este programa y de los documentos mencionados y, asimismo, deben depositarla en el Registro Mercantil. Además debe darse publicidad a estos documentos en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. En una tercera fase se ha de producir la suscripción y desembolso de las acciones. En una cuarta fase se convocará la Junta constituyente (en plazo de seis meses desde el depósito del programa de fundación en el Registro Mercantil y con quince días de antelación a la Junta) y se celebrará dicha Junta. Finalmente, en el mes siguiente a la celebración de la Junta debe otorgarse escritura pública de constitución de la sociedad, la cual ha de ser inscrita en el Registro Mercantil en los dos meses siguientes a su otorgamiento.

En contraposición con lo que se acaba de exponer, en la regulación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada no se prevé esta posibilidad de constitución sucesiva. Ello se comprende por el carácter cerrado que suele caracterizar a estas sociedades, en las que la llamada al ahorro de particulares para financiar la sociedad, en líneas generales, se cohonestará más difícilmente con estas sociedades. Este mismo carácter se advierte normalmente en las Sociedades Familiares, constituidas en atención a los lazos familiares que vinculan a sus componentes.

G) La emisión de obligaciones

Otra de las diferencias entre la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada se refiere a la emisión de obligaciones.

A través de la emisión de obligaciones la sociedad logra los fondos o la financiación que necesita para desarrollar su objeto social obteniéndolos de los ahorradores que los prestan a la sociedad, la cual contrae con los acreedores el compromiso de devolverlos a su vencimiento, normalmente a largo plazo, y de pagar periódicamente los intereses pactados (Broseta Pont y Martínez Sanz, 2010).

La emisión de obligaciones se admite en la Sociedad Anónima (art. 401 LSC) y queda prohibida en la Sociedad de Responsabilidad Limitada (art. 402 LSC). En efecto, el art. 401.1 reconoce que la Sociedad Anónima, lo mismo que la Comanditaria por Acciones,

“podrán emitir series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda”. Lógicamente esta emisión debe sujetarse a los requisitos legalmente previstos, en los arts. 403 y siguientes de la LSC, respetando el límite máximo del art. 405 de la LSC:

“1. El importe total de las emisiones no podrá ser superior al capital social desembolsado, más las reservas que figuren en el último balance aprobado y las cuentas de regularización y actualización de balances, cuando hayan sido aceptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda.

2. En los casos de que la emisión está garantizada con hipoteca, con prenda de valores, con garantía pública o con aval solidario de entidad de crédito no será aplicable la limitación establecida en el apartado anterior.

3. En el caso de que la emisión esté garantizada con aval solidario de sociedad de garantía recíproca, el límite y demás condiciones del aval quedarán determinados por la capacidad de garantía de la sociedad en el momento de prestarlo, de acuerdo con su normativa específica”.

Como es sabido, las condiciones de cada emisión, cuando no vengan establecidas por ley, estarán determinadas por los estatutos sociales, y los acuerdos adoptados por la junta general con el quórum de constitución fijado en el art. 194 de la LSC y con la mayoría exigida en el art. 201.2 (art. 406 LSC). La emisión de obligaciones debe constar en escritura pública, que ha de ser inscrita en el Registro Mercantil, no pudiendo ponerse en circulación las obligaciones mientras no se efectúe la pertinente inscripción (art. 407 de la LSC). Cabe incluso que la Sociedad Anónima emita obligaciones convertibles en acciones (arts. 414 y ss. LSC).

Por contraste con lo que sucede en Sociedad Anónima, el art. 402 de la LSC declara tajantemente, respecto a la Sociedad de Responsabilidad Limitada:

“La sociedad de responsabilidad limitada no podrá acordar ni garantizar la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones”.

Así pues, al igual que ocurriera con la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/199, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no se aprovechó la oportunidad que brindaba la aprobación de la nueva LSC para suprimir la prohibición de emisión de obligaciones consagrada por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 y que la Exposición de Motivos de esta Ley justificó en el carácter cerrado de esta sociedad.

De esta suerte no se tuvieron en cuenta las consideraciones efectuadas por la Comisión Interministerial nombrada para desarrollar las recomendaciones formuladas por la Ponencia para el Estudio de la Problemática de la Empresa Familiar. En el Informe de la Comisión (p. 8)³⁴ advertía de la conveniencia de examinar la regulación de la Sociedad de

³⁴ Vid. también *Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar*, constituida en la Comisión de Hacienda del Senado, con nota Introdutoria de QUIJANO GONZÁLEZ (2002: 374).

Responsabilidad Limitada, tipo más adecuado de configuración de la Sociedad Familiar, “para ver si es posible introducir algunas modificaciones que, sin alterar lo esencial de su regulación, permitan afrontar problemas propios de la empresa familiar”. Y en esta línea añade que, entre los problemas que habría que resolver, se sitúa el de “la posibilidad de mejorar la financiación de estas sociedades, sin que ello suponga una participación política de los financiadores en la sociedad. En este aspecto, se plantean dos posibilidades, la eliminación de la prohibición de emitir obligaciones y la posibilidad de emitir participaciones sin voto”.

Conviene traer a la memoria que la prohibición de emitir obligaciones por la Sociedad de Responsabilidad Limitada ha venido suscitando polémica en la doctrina³⁵, ya bajo la vigencia de la LSRL de 1995.

En este sentido, sin desconocer los problemas que pudieran derivar de esta emisión, se han propuesto medidas que concilien los efectos favorables de la financiación obtenida por esta vía con el carácter cerrado de esta sociedad y los efectos desfavorables de la misma.

Entre esas medidas se exponían la de exigir que la emisión de obligaciones se realizase con las garantías previstas en la Ley, así como la exclusión de emisión de obligaciones convertibles en participaciones sociales, preservando así el carácter cerrado de la sociedad. En la misma dirección se orientaba la Comisión Interministerial que abogaba por una nueva redacción del art. 9 de la LSRL de 1995, en la que se admitía la emisión de obligaciones u otros valores negociables, de carácter nominativos, siempre que cumpliesen una serie de requisitos, entre los cuales figuraban las exigencias de un capital superior a los 60.101,2 euros o que la emisión estuviese garantizada a favor de sus titulares en los mismos términos que en la Sociedad Anónima³⁶. Propuesta que, como matiza con acierto Rodríguez Artigas (2005) acaso hubiera sido conveniente que se completase con la prohibición de emitir obligaciones o valores negociables que, a través de la conversión o canje, dieran acceso a la adquisición de participaciones sociales. Con todo, como advierte este autor, la citada Propuesta de la Comisión, sin hacer quebrar el carácter cerrado de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, daba respuesta a la necesidad de financiación de estas sociedades, problema que puede llegar a ser particularmente acuciante en las Sociedades Familiares.

No obstante, la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no se hizo eco de esta Propuesta, a pesar del propósito manifestado en la Exposición de Motivos (apartado II).

“Asimismo, teniendo en cuenta la situación y perspectiva de las pequeñas y medianas empresas como factores generadores de riqueza y empleo, y con el objeto de

³⁵ Una panorámica general del tema, bien documentada, puede verse en RODRÍGUEZ ARTIGAS (2005: 396 y ss).

³⁶ Para una valoración de la Propuesta de la Comisión Interministerial, véase RODRÍGUEZ ARTIGAS (2005: 398-399).

proporcionarles los medios suficientes para que puedan desarrollarse, alcanzar el ámbito internacional y superar los cambios generacionales dentro de las mismas, la presente Ley intenta resolver tres problemas que se han identificado en la mayoría de nuestras empresas: las dificultades de financiación, la pérdida del control de la gestión por los socios que ostentan la mayoría y los problemas de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional.

En este aspecto, se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada para permitir, por una parte, la emisión de participaciones sin voto y, por otra, posibilitar la adquisición y tenencia temporal por la sociedad de sus propias participaciones sociales”.

De manera criticable, a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, y por tanto también a la Familiar, en cuanto empresa pequeña o mediana, no se le reconoció en la Ley 7/2003, la posibilidad de emitir obligaciones, privándole de un instrumento de financiación para estas empresas que resulta mucho más interesante que las participaciones sin voto (Rodríguez Artigas, 2005).

H) El órgano de administración

H.a) El órgano de administración de la Sociedad Anónima

Se perciben algunas diferencias entre la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada en lo que concierne al órgano de administración.

Conviene recordar la regla general recogida en el art. 210.1 de la LSC 1 la administración de estas sociedades se puede encomendar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración.

Como reglas particulares de la Sociedad Anónima, se establecen en el art. 210.2 de la LSC las siguientes: En primer lugar, cuando la administración conjunta se confíe a dos administradores, éstos tendrán que actuar necesariamente de forma mancomunada.

En segundo lugar, cuando la administración se encomiende a más de dos administradores, éstos constituirán consejo de administración.

En tercer lugar, en punto a la remuneración, cabe fijarla, por un lado, mediante participación en beneficios. En esta hipótesis sólo podrá ser detrída de los beneficios líquidos y una vez cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento, o el tipo más alto que los estatutos hubieran previsto (art. 218.2 LSC).

En cuarto lugar, en lo que atañe a la duración del cargo de administrador, podrán ejercerlo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, sin que pueda exceder de seis años y teniendo que ser dicho plazo igual para todos ellos. Se permite la reelección, por una o varias veces, por períodos de igual duración máxima (art. 221.2 LSC).

En quinto lugar, en la Sociedad Anónima la Junta General, a petición de cualquier accionista, será la que resuelva sobre el cese de los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora (art. 230.3 LSC).

En sexto lugar, en lo que se refiere a la atribución del poder de representación cuando se hayan previsto más de dos administradores conjuntos, declara el art. art. 233.2, c, LSC que se ejercerá mancomunadamente.

En séptimo lugar, en las Sociedades Anónimas tradicionalmente se ha venido admitiendo el nombramiento de miembros del Consejo de Administración por el sistema de representación proporcional y así se admite también en el art. 243 de la LSC. Como es sabido, mediante este procedimiento las acciones que agrupadas voluntariamente, constituyan una cifra del capital social igual o superior al cociente que resulte de dividir el capital por el número de miembros del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción.

En octavo lugar, en la Sociedad Anónima la legislación vigente, como la precedente, contempla la cooptación, en virtud de la cual si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes y no hubiera suplentes, el Consejo está facultado para designar entre los accionistas las personas que ocuparán esas vacantes en tanto no se reúna la primera Junta General (art. 244).

En noveno lugar, en lo que concierne al funcionamiento del Consejo de Administración, goza de amplias facultades de autorregulación, de suerte que, salvo disposición contraria de los estatutos, podrá designar a su presidente, aceptar la dimisión de los consejeros y, en general, regular su propio funcionamiento (art. 245.2 LSC).

H.b) El órgano de administración de la Sociedad de Responsabilidad Limitada

Como reglas particulares de la Sociedad de Responsabilidad Limitada han de mencionarse las siguientes: En primer lugar, a diferencia de lo que sucede en Sociedades Anónimas, es posible reflejar en los estatutos sociales distintos modos de organizar la administración atribuyendo a la Junta General la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de realizar una modificación estatutaria (art. 210.3 de la LSC y 185.2 RRM). Entre los posibles modos de organizar la administración figura el ejercicio de la misma por más de dos administradores, en cuyo caso, a diferencia de la Sociedad Anónima, no exige explícitamente el legislador que constituyan Consejo de Administración.

Esta flexibilidad, como advierte la doctrina (Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, 2010), resulta de interés al permitir que la organización de la administración sea acorde con las características de la sociedad en las distintas fases de su evolución, pasando de uno a otro modo de organizar la administración, sin necesidad de introducir modificaciones estatutarias. Esta reflexión es particularmente acreditable en las Sociedades de Responsabilidad Limitada Familiares. Ciertamente en ellas se tiende a atribuir las tareas de administración a un Consejo de Administración, por razón de que la composición del mismo, el número de consejeros y las mayorías previstas sirven para dar

respuesta y proteger los intereses de los distintos socios, preservando la parcela de poder que ostenta cada cual en la sociedad (AA.VV., 2010). No obstante, como pone de relieve la doctrina, la composición del Consejo de Administración viene condicionada por la fase de desarrollo en que se halle la Sociedad Familiar. En este sentido, conforme a esta opinión, en la primera generación el Consejo de Administración es una forma de organización a la que se acude aisladamente, e incluso –aunque formalmente exista– *de facto* su actividad es irrelevante. En etapas sucesivas, y con ocasión de la incorporación de nuevos socios y ampliación del núcleo familiar, se tiende a profesionalizar los órganos directivos, llegando finalmente en la fase más plena de explotación de la empresa familiar a la integración en el cuadro directivo de la misma a Consejeros independientes, no pertenecientes a ninguna de las familias agrupadas en la Sociedad Familiar; Consejeros que generalmente privados de voto asumen un importante papel en la misma³⁷.

En segundo lugar, respecto a la retribución de los administradores, puede ocurrir por una parte, que no tenga como base una participación en los beneficios (por ej. sueldos, dietas, porcentaje sobre cifras de ventas..., etc.). En tal caso se fijará para cada ejercicio por acuerdo de la Junta General ateniéndose a lo previsto en los estatutos (art. 217.2 de la LSC). No se imponen más límites al establecimiento de dicha retribución que los fijados en los estatutos. Por otra parte, cabe contemplar una remuneración mediante participación en beneficios. En esta hipótesis los estatutos sociales deberán especificar de forma concreta qué participación o porcentaje máximo de la misma corresponde a los administradores, que en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios (art. 218.1 de la LSC).

En tercer lugar, el legislador somete a control de la Junta General la prestación de servicios de los administradores, al exigir el acuerdo de ésta para establecer o modificar todo tipo de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores (art. 220 LSC). Los términos imperativos en que está redactado este precepto inducen a pensar que los estatutos no podrían dejar sin efecto esta exigencia (AA.VV., 2010).

En cuarto lugar, respecto a la duración en el cargo, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada será por tiempo indefinido, a no ser que los estatutos fijen un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos, por una o más veces, por períodos de igual duración. (art. 221.1 LSC). Si los estatutos optasen por estipular un plazo de duración determinado, podrían fijar el plazo de duración que estimasen oportuno, sin que el legislador imponga cortapisas al mismo, pudiendo ser reelegidos por períodos de igual duración.

A la regla de duración por tiempo indefinido del cargo de administrador de las Sociedades de Responsabilidad Limitada nada cabe objetar. Antes bien, así establecida esta duración en sociedades de reducidas dimensiones, y especialmente si son Sociedades Familiares, evita el encontrarse en un momento dado con administradores de hecho, que han pasado a ser tales por expiración del término por el que habían sido nombrados sin

³⁷ Cfr. AA.VV. (2010: 804 y 805), advirtiendo que su función fundamental es la de “ofrecer una opinión libre e independiente y arbitrar entre los consejeros familiares”.

haberse percatado del transcurso del plazo por el que habían sido nombrados (Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, 2010). Además, como destaca esta misma doctrina “al tratarse de sociedades cerradas los socios suelen asistir a las Juntas generales y, por consiguiente, pueden ejercitar efectivamente la facultad de revocar a los administradores cuando las circunstancias lo aconsejen”. Estas mismas consideraciones son válidas en las Sociedades Familiares, en las que el grado de conocimiento de los familiares agrupados en la Sociedad hace presumir una provisión de los puestos de consejeros acorde a las necesidades e intereses sociales, justificando los nombramientos por periodo indefinido, sin perjuicio de la facultad de revocación, si fuere menester.

En quinto lugar, en lo que toca al cese de los administradores, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada se admite la posibilidad de que los estatutos requieran para el acuerdo de separación una mayoría reforzada, la cual no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (art. 223.2 LSC).

En sexto lugar, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada cualquier socio podrá solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social que cese al administrador que haya infringido la prohibición de competir recogida en el apartado 1 del art. 230 (art. 230.2 LSC). La severidad que el legislador ha querido imprimir al incumplimiento de la prohibición de competir es evidente. No se trata de que sea la Junta la que resuelva sobre el cese, sino que cualquier socio puede solicitar al Juez de lo Mercantil del domicilio social el cese del administrador incumplidor.

En séptimo lugar, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada el poder de representación, cuando se haya confiado la administración a más de dos administradores conjuntos, se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma que se haya determinado en los estatutos (art. 233, 2, c LSC).

En octavo lugar, en lo que respecta al número máximo de miembros del Consejo de Administración en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, a diferencia de la Sociedad Anónima, se establece un límite máximo; a saber: no podrá superar los doce (art. 242.2 LSC). Ello se coherente con el carácter de pequeña o mediana empresa, integrada por un número reducido de socios, que habitualmente reviste la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Este mismo carácter se advierte normalmente en las Sociedades Familiares, constituidas por un núcleo familiar que en muchas ocasiones vincula a un número no excesivamente amplio de parientes, por lo que la agilidad y flexibilidad de actuación que se quiere imprimir a la sociedad se compadece mal con un Consejo de Administración numeroso.

Con independencia de lo expuesto, suele ser habitual en la praxis que, a través del correspondiente pacto parasocial, se determine el número de consejeros que compete nombrar a cada socio. Si bien lo más razonable sería acordar que dicho número resultase

proporcional a la participación en el capital, cabría que el pacto alcanzado rompiese esa proporcionalidad (AA.VV., 2010)³⁸.

En noveno lugar, a diferencia de las Sociedades Anónimas, en las Sociedades de Responsabilidad Limitada ni se prevé el nombramiento de los componentes del Consejo de Administración por el sistema de representación proporcional, ni la provisión de vacantes por cooptación (art. 191 RRM). En las Sociedades de Responsabilidad Limitada se aplica, con todo su rigor, el art. 214.1 de la LSC, a tenor del cual corresponde a la Junta General nombrar a los administradores, sin más excepciones que las legalmente previstas. A este propósito, debe tenerse en cuenta que el nombramiento de los primeros administradores y representantes de la sociedad, y su identidad, va a figurar en la escritura de constitución, conforme al art. 22.1, e) de la LSC.

En décimo lugar, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, a diferencia de la Sociedad Anónima, no hay un reconocimiento expreso de la facultad de autorregulación del Consejo en punto a la organización y funcionamiento del mismo, encomendándose a los estatutos la regulación de estas materias. Sin que ello haya de ser interpretado como una exclusión total de autorregulación por el Consejo de cualquier tema relacionado con los mencionados, lo que sí queda claro es que necesariamente los estatutos deberán recoger las reglas de convocatoria y constitución del Consejo, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría (art. 245.1 LSC y art. 185.5 RRM). Por lo demás, al igual que en los temas apuntados, se deja amplia libertad a los estatutos para determinar el quórum de constitución del Consejo de Administración. Así el art. 247.1 de la LSC declara que quedará válidamente constituido cuando concurren, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, exigiendo que éstos alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales.

Por último, en relación con este órgano de administración, debe recordarse que la reforma de las sociedades de capital de 2010 no tomó en consideración la necesidad sentida en las empresas familiares de organizar la administración a través de un sistema dual, al estilo de lo previsto en la LSC para la Sociedad Anónima Europea (Título XIII, Capítulo IV, arts. 476 y ss.), en el que se prevé una Dirección, de carácter ejecutivo, y un Consejo de Control, con funciones de supervisión y control de la gestión. Esta previsión, vendría así a oficializar lo que *de facto* se viene haciendo en la organización de las Sociedades Familiares³⁹.

³⁸ AA.VV. (2010: 824).

³⁹ VALMAÑA (2010), insistiendo en que con este sistema dual de administración se podrían desarrollar políticas relativas a la Responsabilidad Social Corporativa. Piénsese en que, por esta vía podrían integrarse en el Consejo de Control o Vigilancia los trabajadores o determinados asesores externos, con funciones meramente consultivas y cuya contribución a la sociedad puede ser enriquecedora para la misma. Adviértase que lo que sí había permitido el legislador, en una reforma del 2007, era la creación de un Comité Consultivo y algún otro órgano cuya función fuese meramente consultiva.

I) La Junta General

Se advierten diferencias asimismo en cuanto a la Junta General de la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, que pueden resultar de interés a la hora de decantarse por una Sociedad Familiar de uno u otro tipo⁴⁰. A ellos nos referiremos en los apartados posteriores.

I.a) Intervención en la Administración

A diferencia de lo que sucede en la Sociedad Anónima, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada se admite que la Junta General se inmiscuya en la administración de la sociedad. En efecto, el art. 161 LSC, quebrando el criterio general de que cada órgano debe asumir su propia competencia, da carta de naturaleza a la posibilidad de que la Junta General de estas sociedades imparta instrucciones al órgano de administración o que someta a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin que por esta vía se pueda limitar el poder de representación que, conforme al art. 234, compete a los administradores.

No obstante, el art. 161 deja abierta la puerta a que los estatutos establezcan lo contrario, de modo que se opongan a esa interferencia de la Junta en las tareas de administración.

Con todo, la confusión de tareas que puede suponer la impartición de instrucciones citada resulta difícilmente compatible con el art. 236.2 de la LSC, aplicable también a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, en el que declara que “[e]n ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido autorizado o ratificado por la Junta General” (Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, 2010).

I.b) Potestad de anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores

A diferencia de la Sociedad Anónima, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada se atribuye expresamente a la Junta General la potestad de anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores. A este fin, exceptuando el supuesto de que tales actos se realicen en favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo, la Junta deberá autorizar tales actos mediante acuerdo concreto para cada caso (art. 162 LSC). Como justificación más razonable, válida también para las Sociedades de Responsabilidad Limitada Familiares, puede aducirse que son sociedades más cerradas en las que el apoyo de la Sociedad para la realización de dichos actos entronca perfectamente con una cierta relevancia del componente personal de los integrantes de la sociedad, sean socios o administradores.

⁴⁰ Sobre la Junta General de la Sociedad Anónima Familiar bajo la anterior legislación, *vid.* OTERO LASTRES (1995).

I.c) Complemento de convocatoria

En la Sociedad Anónima, a diferencia de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, se recoge la posibilidad de un complemento de convocatoria, en virtud del cual aquellos accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán solicitar la publicación de un complemento a la convocatoria de una Junta General incluyendo uno o más puntos en el orden del día. Para ejercer este derecho ha de respetarse el límite temporal marcado por el legislador, que exige que se ejercite este derecho mediante notificación fehaciente, cuya recepción debe producirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria. Además, este complemento tendrá que publicarse con quince días de antelación, al menos, a la fecha establecida para la reunión de la Junta. En caso de que no se publique dicho complemento en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta (art. 172 LSC).

En las Sociedades de Responsabilidad Limitada, y también las de tipo familiar, su mayor flexibilidad organizativa, el menor tamaño de las mismas, su carácter en general más cerrado que el de las Anónimas, parece más proclive a facilitar la inclusión de buen grado, por parte de los administradores, de los asuntos que propongan los socios, por lo que el tener que recurrir a este complemento parece menos necesario.

I.d) Forma de la convocatoria

En cuanto a la forma de la convocatoria, el art. 173.1 de la LSC, establece una regla común para la Sociedad Anónima y la de Responsabilidad Limitada; a saber: que la Junta General se convocará a través de anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad o, si no dispusiere de ella, en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social. No obstante, el art. 173.2, respecto a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, matiza que:

“Los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada podrán establecer, en sustitución del sistema anterior, que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, en un determinado diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro-registro de socios. En caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones”.

Si el anuncio de convocatoria de Junta de Sociedad de Responsabilidad Limitada se realizase mediante comunicación individual y escrita deberá figurar el nombre de la persona o personas que realicen la comunicación (art. 174 LSC).

Así las cosas, la forma de la convocatoria de la Junta General de las Sociedades de Responsabilidad Limitada admite diversas configuraciones, que pueden llegar a ser menos costosas e incluso más personalizadas que en la Sociedad Anónima. Ello se

cohonesta con el carácter cerrado y, con frecuencia, de reducido número de socios que caracteriza a la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Este menor formalismo que puede suponer la convocatoria de la Junta en esta sociedad la hace también atractiva para la Sociedad Familiar.

I.e) Plazo previo de la convocatoria

La Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada difieren en el plazo previo de la convocatoria. En las Sociedades Anónimas el plazo entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión deberá ser, por lo menos, de un mes. En las Sociedades de Responsabilidad Limitada deberá mediar, como mínimo, quince días. Si la convocatoria se hubiera efectuado a través de comunicación individual a cada socio, el plazo debe computarse desde la fecha en que se hubiese remitido el anuncio al último de ellos (art. 176 LSC). Nuevamente aquí parece ser el carácter cerrado de estas sociedades, el tratarse de sociedades de pequeñas dimensiones y la posibilidad de una mayor fluidez de comunicación entre los socios y los administradores lo que ha inclinado a reducir el plazo mínimo entre la convocatoria y la fecha de celebración de la reunión.

I.f) Derecho de asistencia a la Junta

El derecho a asistir a la Junta tiene distintos matices en las Sociedades Anónimas y en las Sociedades de Responsabilidad Limitada. En las Anónimas se permita que los estatutos puedan exigir, respecto de todas las acciones, cualquiera que sea su clase o serie, la posesión de un número mínimo para asistir a la Junta General, con el límite de que, en ningún caso, el número exigido pueda ser superior al uno por mil del capital social (art. 179.2 LSC). Además, en estas sociedades se autoriza a los estatutos a condicionar el derecho de asistencia a la Junta a la legitimación anticipada del accionista, en los términos previstos en el art. 179.3 de la LSC.

A diferencia de las Sociedades Anónimas, en las Sociedades de Responsabilidad Limitada todas las personas que sean socios, como tales inscritos en el libro-registro de socios (art. 104 LSC), tienen derecho a asistir a la Junta General. Es un derecho inderogable. En ningún caso podrán los estatutos exigir la titularidad de un número mínimo de participaciones para poder asistir a la Junta (art. 179.1 LSC), ni condicionar su ejercicio a la legitimación anticipada del accionista. Parece partir el legislador de la idea de que en estas sociedades cerradas el derecho de asistencia debe ser especialmente protegido.

I.g) Primera y segunda convocatoria

A diferencia de la Junta General de la Sociedad Anónima (art. 177 LSC), en la que cabe distinguir entre primera y segunda convocatoria, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada los estatutos no podrán distinguir entre primera y segunda convocatoria de la Junta (art. 186.2 RRM).

I.h) Asistencia a la Junta por medios telemáticos

A diferencia de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, en las Sociedades Anónimas se contempla explícitamente la posibilidad de prever en los estatutos la asistencia a la Junta por medios telemáticos, que garanticen debidamente la identidad del sujeto. Si así fuere, en la convocatoria tendrá que describirse los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir que la Junta se desarrolle ordenadamente. Concretamente, se faculta a los administradores para exigir que las intervenciones y propuestas de acuerdos que tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la Junta. Se establece además que las respuestas por escrito a los accionistas que ejerciten su derecho de información durante la Junta se emitirán durante los siete días siguientes a la finalización de la Junta (art. 182 LSC). En tales supuestos debe tenerse en consideración, asimismo, lo dispuesto en el art. 189 de la LSC.

I.i) Representación voluntaria en la Junta General

En punto a la representación voluntaria en la Junta General se observa también alguna divergencia entre la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Así, a tenor del art. 184 LSC, en la Sociedad Anónima la regla general es la siguiente:

“1. Todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la junta general por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. Los estatutos podrán limitar esta facultad”.

2. La representación deberá conferirse por escrito o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos establecidos en esta Ley para el ejercicio del derecho de voto a distancia y con carácter especial para cada junta”.

La regla general en Sociedades Anónimas es que puede nombrarse representante a cualquier persona, accionista o no. La excepción a esta regla es que los estatutos limiten esa representación, exigiendo por ejemplo que el representante sea accionista, supuesto más normal en sociedades cerradas. Además, debe tenerse en cuenta el art. 187 de la LSC, del que se desprende sin ningún género de duda que puede designarse como representante al cónyuge, ascendiente o descendiente del representado, en cuyo caso, en lo que ahora interesa, no queda sujeto a las restricciones legales de los artículos 184 y 186.

En cambio, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada el criterio general, formulado por el art. 183, apartados 1 y 2, de la LSC es distinto:

“1. El socio sólo podrá hacerse representar en la junta general por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional.

Los estatutos podrán autorizar la representación por medio de otras personas.

2. La representación deberá conferirse por escrito. Si no constare en documento público, deberá ser especial para cada junta”.

Del dictado normativo destacaremos, por una parte, que el principio general en Sociedades de Responsabilidad Limitada es que la representación debe encomendarse a los sujetos mencionados en el apartado 1, párrafo primero. La excepción a este principio es que los estatutos autoricen la representación por otras personas. Por otra parte, en claro contraste con lo previsto en Sociedades Anónimas, donde se recoge expresamente la representación conferida por medios telemáticos, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada se establece que necesariamente debe conferirse por escrito.

I.j) Solicitud pública de representación

En Sociedades Anónimas, a diferencia de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, se admite la solicitud pública de representación, en los términos previstos en el art. 186 de la LSC. Este precepto declara literalmente, en lo que aquí interesa:

“1. En las sociedades anónimas en el caso de que los propios administradores, las entidades depositarias de los títulos o las encargadas del registro de anotaciones en cuenta soliciten la representación para sí o para otro y, en general, siempre que la solicitud se formule de forma pública, el documento en que conste el poder deberá contener o llevar anejo el orden del día, así como la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en que votará el representante en caso que no se impartan instrucciones precisas.

2. Por excepción, el representante podrá votar en sentido distinto cuando se presenten circunstancias ignoradas en el momento del envío de las instrucciones y se corra el riesgo de perjudicar los intereses del representado. En caso de voto emitido en sentido distinto a las instrucciones, el representante deberá informar inmediatamente al representado, por medio de escrito en que explique las razones del voto.

3. Se entenderá que ha habido solicitud pública cuando una misma persona ostente la representación de más de tres accionistas”(…).

En las Sociedades de Responsabilidad Limitada, como es sabido, las participaciones ni están representadas por títulos ni por anotaciones, por lo que no van a estar depositadas en entidades de crédito. Amén de lo anterior, la regla general de nombramiento de representante se compadece mal con la solicitud pública de representación.

I.k) Derecho de voto

Respecto al derecho de voto, concurren también algunas diferencias de régimen jurídico de la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada. La más significativa hace referencia a la exclusión o previsión del voto plural. Así, en la Sociedad Anónima declara tajantemente el art. 188.2 de la LSC que “no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto”. En cambio, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, en

principio, “cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto”. No obstante, se permite contradecir esta regla mediante disposición contraria de los estatutos sociales (art. 188.1 LSC), en la que podría perfectamente establecerse la creación de participaciones sociales de voto plural o múltiple.

I.l) Conflicto de intereses

A diferencia de las Sociedades Anónimas, el legislador se ocupa con detenimiento de regular el tema del conflicto de intereses en la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Así el art. 190 de la LSC recoge los supuestos en los que el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones, concretados en acuerdos que tengan por objeto: la autorización para transmitir sus participaciones; la exclusión de la sociedad; el que le libere de una obligación o le conceda un derecho; aquel por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera; así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios. Como no podía ser de otra forma, las participaciones sociales del socio que se encuentre en alguna de las situaciones de conflicto de intereses se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos que en cada caso sea necesaria.

I.II) Lista de asistentes

En la lista de asistentes de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, exige expresamente el legislador, a diferencia de la Sociedad Anónima, que la lista de asistentes se incluirá necesariamente en el acta (art. 192.3 LSC).

I.m) Quórum y mayorías

Los requisitos de constitución de la Junta General y las mayorías establecidas respecto a la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada son distintos.

Así, en cuanto al quórum de constitución fijado para las Juntas de las Sociedades Anónimas, el art. 193 de la LSC prevé el siguiente quórum ordinario:

- “1. En las sociedades anónimas la junta general de accionistas quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto. Los estatutos podrán fijar un quórum superior.
2. En segunda convocatoria, será válida la constitución de la junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma, salvo que los estatutos fijen un quórum determinado, el cual, necesariamente, habrá de ser inferior al que aquellos hayan establecido o exija la ley para la primera convocatoria”.

A su vez, el art. 194 contempla un quórum de constitución reforzado para casos especiales, en los siguientes términos:

- “1. En las sociedades anónimas, para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales, la emisión de obligaciones, la supresión o la limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto.
2. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital.
3. Los estatutos sociales podrán elevar los quórum previstos en los apartados anteriores”.

A diferencia de la Sociedad Anónima, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada no se fija un quórum determinado de asistencia, exigiéndose la mayoría reforzada del art. 199 de la LSC para acordar la modificación de estatutos.

En punto a las mayorías requeridas para adoptar acuerdos en la Sociedad Anónima el art. 201 de la LSC preceptúa:

- “1. En la sociedad anónima los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría ordinaria de los votos de los accionistas presentes o representados.
2. Para la adopción de los acuerdos a que se refiere el artículo 194, será necesario el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento.
3. Los estatutos sociales podrán elevar las mayorías previstas en los apartados anteriores”.

Por su parte, el art. 198 de la LSC fija la mayoría ordinaria para adoptar acuerdos sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, al establecer que para tomar dichos acuerdos se requiere la “mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. No se computarán los votos en blanco”.

Además se recoge la necesidad de adoptar determinados acuerdos con una mayoría legal reforzada, recogida en el art. 199 de la LSC. Distingue el legislador dos mayorías diferentes según el tipo de acuerdo, en los siguientes términos:

- “a) El aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.
- b) La autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social; la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos

del capital; la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio al extranjero, y la exclusión de socios requerirán el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social”.

Y a ello añade el art. 200 de la LSC la posibilidad de fijar en los estatutos una mayoría reforzada, cuando proclama:

- “1. Para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la ley, sin llegar a la unanimidad.
2. Los estatutos podrán exigir, además de la proporción de votos legal o estatutariamente establecida, el voto favorable de un determinado número de socios”.

Así las cosas, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, de una parte, se permite la exigencia estatutaria de una proporción de votos favorables superior al legalmente establecido, sin poder llegar a la unanimidad. Se distancia así de ciertos acuerdos de sociedades personalistas respecto a los cuales se requiere acuerdo unánime de los socios. La regla de la unanimidad resultaría, a la postre, contraria a los principios configuradores de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, que como es sabido actúa como límite a la autonomía de los fundadores al prever cláusulas estatutarias (art. 28 LSC). Por otra parte, en estas sociedades permite el legislador dar relevancia a las personas de los socios en la configuración de las mayorías, al autorizar a los estatutos la exigencia no sólo de los votos legal o estatutaria previstos, sino también que voten a favor un número determinado de socios⁴¹.

Al margen de lo expuesto, no hay que ignorar que el refuerzo de las mayorías legalmente previstas ha de respetar ciertos límites fijados por el legislador respecto a ciertos acuerdos. Así sucede con el acuerdo de separación de los administradores, respecto al cual no se podrá exigir una mayoría reforzada superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (art. 223.2 LSC). Y lo mismo ocurre con el acuerdo de entablar la acción social de responsabilidad contra los administradores, para el cual no podrán establecer los estatutos una mayoría distinta a la ordinaria (art. 238.1).

I.n) Derecho de información

También en el tema del derecho de información se manifiesta alguna divergencia entre la regulación de la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, tal como se desprende del análisis comparativo de los artículos 196 y 197 de la LSC. Así merced al art. 197.1 de la LSC⁴², en relación con los asuntos que figuran en el orden del día, los

⁴¹ SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2010: 651), haciendo hincapié en “la posibilidad de acentuar el «grado de personalización» en la regulación de la mayoría que permite que los estatutos se aparten de la equivalencia legal entre participación y voto”.

⁴² Nótese que este derecho de información en Sociedades Anónimas fue modificado en el sentido que luce hoy en la LSC por la Ley 26/2003, de 17 de julio, *por la que se modifican*

accionistas podrán solicitar de los administradores, todas “las informaciones o aclaraciones que estimen precisas, o formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta”. Esta solicitud podrá hacerse por escrito o por cualquier medio de comunicación a distancia (Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, 2010). Además, de acuerdo con los artículos 182 y 197.2, en el transcurso de la Junta General, los accionistas podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes sobre los puntos del orden del día. En el caso de que no fuese posible proporcionar dicha información en ese momento, los administradores deberán procurársela por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la Junta.

Como pone de relieve nuestra más autorizada doctrina (Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, 2010), esa posibilidad de procurar la información solicitada, que no pudo ofrecerse en la Junta, en los siete días siguientes a la terminación de la Junta, aunque parece elogiable, no resiste a ciertas críticas. Entre ellas, según esta opinión, cabe mencionar que la formulación tan amplia empleada por el legislador exonera en cierto modo a los administradores de dar información sobre la cuestión planteada, amén de desvirtuar el papel de la información, como coadyuvante de un voto emitido con conocimiento de causa por los accionistas, pues si se proporciona la información una vez celebrada la Junta obviamente tal información ya no va a incidir en ninguna votación y en la adopción del acuerdo, que ya se ha producido.

En lo que concierne a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, conforme al art. 196.1 de la LSC, respecto a los asuntos comprendidos en el orden del día, los socios de la Sociedad de Responsabilidad Limitada podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la Junta General o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos.

J) Los negocios sobre las propias acciones y participaciones sociales

El régimen jurídico de estos negocios, contenido en los artículos 134 y siguientes de la LSC, coincide en muchos aspectos. No obstante, sin poder entrar en las peculiaridades de los negocios sobre las acciones y participaciones sociales, hemos de dejar constancia de la existencia de algunas diferencias entre ambos.

A título puramente indicativo, podemos indicar, en primer lugar, que -respecto a la adquisición originaria por la Sociedad Anónima- el art. 136 de la LSC establece:

- “1. Las acciones suscritas infringiendo la prohibición del serán propiedad de la sociedad anónima suscriptoras.
2. Cuando se trate de suscripción de acciones propias la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los socios fundadores o los promotores y, en caso de aumento de capital social, sobre los administradores.

la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

3. Cuando se trate de asunción de participaciones sociales o de suscripción de acciones de la sociedad dominante, la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los administradores de la sociedad adquirente y los de la sociedad dominante”.

Y el art. 137, en relación a la adquisición realizada en la Sociedad Anónima por persona interpuesta prescribe:

“1. En el caso de que la asunción o la suscripción haya sido realizada por persona interpuesta, los fundadores y, en su caso, los administradores responderán solidariamente del desembolso de las participaciones asumidas o de las acciones suscritas.

2. La misma responsabilidad alcanzará a los promotores de la sociedad anónima”.

Continuando con este mismo régimen, el art. 138 declara exentos de responsabilidad a quienes demuestren no haber incurrido en culpa.

Además, el art. 139 determina las consecuencias de la infracción en estos términos:

“1. Las participaciones sociales y las acciones adquiridas por sociedad anónima en contravención de lo dispuesto en el artículo 134 deberán ser enajenadas en el plazo máximo de un año a contar desde la fecha de la primera adquisición.

2. Transcurrido este plazo sin que hubiera tenido lugar la enajenación, los administradores procederán de inmediato a convocar junta general para que acuerde la amortización de las acciones propias con la consiguiente reducción del capital social.

3. En el caso de que la sociedad no hubiera reducido el capital social dentro de los dos meses siguientes a la fecha de finalización del plazo para la enajenación, cualquier interesado podrá solicitar la reducción del capital al juez de lo mercantil del lugar del domicilio social. Los administradores están obligados a solicitar la reducción judicial del capital social cuando el acuerdo de la junta hubiera sido contrario a esa reducción o no pudiera ser logrado.

4. Las participaciones sociales o acciones de la sociedad dominante serán enajenadas judicialmente a instancia de parte interesada”.

A diferencia de lo que sucede en Sociedades Anónimas, la adquisición originaria por la Sociedad de Responsabilidad Limitada de participaciones propias o de participaciones o acciones de la sociedad dominante⁴³ se considera nula de pleno derecho (art. 135 LSC).

En segundo lugar, en lo que se refiere al régimen sancionador por el incumplimiento de las obligaciones o la vulneración de las prohibiciones establecidas en relación con los negocios sobre las acciones o las participaciones sociales, ex art. 157 de la LSC, se debe tener en cuenta que conforme al apartado 6 de esta disposición:

⁴³ Sobre esta materia, véase VELASCO SAN PEDRO (2009).

“En la sociedad anónima, la competencia para la iniciación, instrucción y resolución de los expedientes sancionadores resultantes de lo dispuesto en este capítulo se atribuye a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En el caso de que el expediente sancionador recayera sobre los administradores de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora, o sobre los administradores de una entidad integrada en un grupo consolidable de entidades financieras sujeto a la supervisión del Banco de España o de la Dirección General de Seguros, la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará a las mencionadas entidades supervisoras la apertura del expediente, las cuales deberán también informar con carácter previo a la resolución”.

Y de acuerdo con el apartado 5 de este mismo artículo:

“En la sociedad de responsabilidad limitada, las infracciones se sancionarán previa instrucción del procedimiento por el Ministerio de Economía y Hacienda, con audiencia de los interesados y conforme al Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora”.

Conviene recordar, respecto a las Sociedades de Responsabilidad Limitada que la Ley 7/2003, de 1 de abril, *de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, permitió la adquisición por la sociedad de sus propias participaciones, facilitando la creación del denominado “Bolsín familiar”. Ello es particularmente interesante en las Sociedades Familiares, ya que por esta vía, y de acuerdo con la redacción del art. 140.1, y especialmente en su apartado d), se puede seguir preservando el carácter cerrado de la sociedad, y en el caso de los socios separados se hace posible que los socios interesados en desinvertir puedan hacerlo, pensando además que en muchos casos resulta difícil encontrar personas interesadas en adquirir las participaciones de estas sociedades cerradas (Grima Ferrada, 2004).

K) Medidas para agilizar y simplificar la constitución de estas sociedades

El legislador adoptó una serie de medidas tendentes a agilizar y simplificar la constitución de las sociedades mercantiles en el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, *de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo*⁴⁴. Pues bien, esta normativa recoge algunas diferencias entre la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Así el art. 5, Tres, de este Real Decreto-Ley, respecto a la constitución de sociedades mercantiles de capital que no sean las Sociedades de Responsabilidad Limitada, donde se incluyen las Sociedades Anónimas, establece un régimen por defecto, conforme al cual la constitución será telemática salvo petición expresa en sentido contrario de los interesados. El Notario autorizante solicitará telemáticamente al Registro Mercantil Central el certificado negativo de denominación social, salvo petición expresa en sentido contrario de los interesados. En su solicitud podrá incluir hasta cinco denominaciones sociales alternativas. El Registro Mercantil Central expedirá también telemáticamente la

⁴⁴ BOE núm. 293, de 3 de diciembre de 2010.

certificación negativa o, en su caso, indicará la imposibilidad de su emisión en el plazo máximo de un día hábil. La escritura de constitución se remitirá de forma telemática al Registro Mercantil correspondiente, salvo que constara la petición expresa en contrario de los interesados. Los plazos de calificación e inscripción por parte del Registrador Mercantil serán los ordinarios.

Por su parte, en lo que concierne a la constitución de las Sociedades de Responsabilidad Limitada por vía telemática, este mismo art. 5, en su apartados Uno y Dos, consagra tres clases de constitución telemática:

- 1ª) Régimen general: Previsto en el apartado Uno. El plazo de otorgamiento de la escritura de constitución será de un día hábil contado desde la recepción de la certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central. En la solicitud a este Registro se podrán incluir hasta cinco denominaciones sociales alternativas. La copia autorizada de la escritura de constitución se remitirá telemáticamente por el notario otorgante al Registro Mercantil el mismo día de su otorgamiento. Se aplicarán como aranceles notariales y registrales, la cantidad de 150 euros para el Notario y 100 para el Registrador.
- 2ª) Constitución de Sociedad de Responsabilidad Limitada con capital social no superior a 3.100 euros y que sus estatutos se adapten a algunos de los aprobados por el Ministerio de Justicia (Orden 3185/2010⁴⁵). Se prevé una constitución muy rápida. Así, el Notario debe otorgar la escritura de constitución en el mismo día en el que reciba la certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central. El Registrador Mercantil calificará e inscribirá dentro del plazo de las 7 horas hábiles siguientes a la recepción telemática de la escritura. Por lo demás, será una constitución muy barata, toda vez que se aplicarán como aranceles notariales y registrales la cantidad fija de 60 euros para el Notario y 40 para el Registrador”.
- 3ª) Constitución de Sociedades de Responsabilidad Limitada que tenga entre sus socios personas jurídicas o el capital social fuere superior a 30.000 euros o cuyo órgano de administración delimitado en los estatutos sociales no se estructure como un administrador único, varios administradores solidarios, cualquiera que sea su número, o dos administradores mancomunados. En esta hipótesis se aplicará lo establecido en el art. 5, Tres, del Real Decreto-Ley; régimen aplicable también, en lo que aquí interesa, a las Sociedades Anónimas. Como se expuso anteriormente se establece un régimen por defecto, en el que se parte de una constitución telemática salvo petición expresa en sentido contrario de los interesados y en el que los plazos y aranceles serán los ordinarios.

4.2.3. La Sociedad de Responsabilidad Limitada como tipo social más adecuado para constituir Sociedades Familiares

Las características configuradoras del tipo social de Sociedad de Responsabilidad Limitada, que hemos venido desgranando en los anteriores apartados, hacen que esta

⁴⁵ Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, por la que se aprueban los Estatutos-tipo de las sociedades de responsabilidad limitada, BOE núm. 301 de 11 de diciembre de 2010. Se trata de un modelo de Estatutos-tipo muy conciso.

sociedad sea la opción a la que acuden mayoritariamente quienes acometen la constitución de una Sociedad Familiar.

Sin ánimo de incurrir en reiteraciones innecesarias, hemos de recordar que la regulación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, con ser una sociedad capitalista, permite también un suficiente grado de personalización en muchos aspectos para dar respuesta a las necesidades organizativas de las Sociedades Familiares. Baste pensar en la propia división del capital social en participaciones no incorporadas ni a títulos ni a anotaciones en cuenta; en el régimen de transmisión de las participaciones sociales; en la sustitución del requisito del informe del experto independiente por un régimen de responsabilidad solidaria de fundadores, socios y adquirentes de participaciones desembolsadas con aportaciones no dinerarias; o en la configuración más flexible del órgano de administración.

Su carácter cerrado asoma en la regulación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, particularmente cuando el legislador establece el régimen jurídico de la transmisión, donde abiertamente rechaza la libre transmisión por actos *inter vivos* de las participaciones sociales, considerando nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión. Y podría en cierto modo considerarse un reflejo de este carácter cerrado aquellas cláusulas estatutarias, cuya validez reconoce el legislador, que prohíban la transmisión en un plazo que podría llegar a los cinco años desde la constitución de la sociedad o, en su caso, desde el otorgamiento de la escritura pública de ejecución del aumento del capital.

Estas y otras características, deducidas de la regulación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada justificarían la elección de este tipo social en la creación de Sociedades Familiares, por ser el tipo social más adaptable a sus necesidades.

5. La Sociedad Limitada Nueva Empresa como subespecie de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y su adaptación a la Sociedad Familiar

Esta sociedad se reguló, como una especialidad o un tipo simplificado de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, por vez primera en la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada⁴⁶. En la actualidad su disciplina se contiene en los artículos 434 a 454 del Real Decreto Legislativo 1/2010, que aprueba el Texto Refundido de la LSC.

En el apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003 se pone de manifiesto que esta regulación "acomete el compromiso de reforzar el espíritu innovador y emprendedor que permita a nuestras PYME afrontar los retos que plantea el Mercado único. Del mismo

⁴⁶ BOE núm. 79 de 2 de abril. En desarrollo de esta Ley se aprobaron otras normas, entre las cuales ha de hacerse hincapié en el Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, *que regula el sistema de tramitación telemática* y en la Orden JUS 1445/2003, de 4 de junio, *por la que se aprueban los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*.

modo, establece un marco normativo mercantil y administrativo capaz de estimular la actividad empresarial y mejorar la posición competitiva de las pequeñas y medianas empresas en el mercado, dando cumplimiento a los compromisos de la Carta Europea de la pequeña empresa". Y añade que tales previsiones han de dar los frutos concretos de una mayor simplificación de los trámites de constitución de empresas, prestándoles la asistencia técnica necesaria que precisen.

En consonancia con esta idea, el apartado III de dicha Exposición de Motivos expresa que "el proyecto Nueva Empresa se fundamenta en tres elementos esenciales: el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), el régimen jurídico de la Nueva Empresa y el sistema de contabilidad simplificada".

El Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE) consiste en una red de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT), en los que se asesora y se asiste a los emprendedores, tanto en la tramitación administrativa y puesta en marcha de sus iniciativas empresariales como durante los primeros años de actividad. A través de esta red se crea una infraestructura de centros de asesoramiento, información y servicios, accesible desde todo el territorio nacional a través de Internet, y asimismo se constituye una red de creación de empresas que facilite la puesta en marcha de las iniciativas empresariales.

Como explica la Exposición de Motivos, a fin de agilizar al máximo los trámites administrativos de constitución y puesta en marcha de las empresas, se prevé el empleo de medios telemáticos. A este respecto, va a jugar un papel fundamental el denominado Documento Único Electrónico, que va a tener, de una parte, carácter integrador, reuniendo en un solo documento administrativo todos los datos requeridos para la realización efectiva de los trámites pertinentes, y, de otra, naturaleza electrónico telemática, al servirse de las nuevas tecnologías de la información para agilizar la creación de empresas. En el Documento Único Electrónico se ha de incorporar en cada fase de la tramitación la incorporación de los distintos aspectos requeridos para la constitución de la sociedad.

Amén de lo anterior, el apartado IV de la misma Exposición de Motivos da cuenta de la implantación de un modelo de contabilidad simplificada acorde con las características de la Sociedad Nueva Empresa.

Las características fundamentales, específicas de la Sociedad Nueva Empresa⁴⁷, son las siguientes: En primer lugar, el capital social de la Sociedad Nueva Empresa, no inferior a tres mil doce euros ni superior a ciento veinte mil doscientos dos euros⁴⁸, sólo podrá ser desembolsado mediante aportaciones dinerarias (art. 443 LSC). Quedan, pues, excluidas las aportaciones *in natura*.

⁴⁷ Sobre esta sociedad, *vid.* BOQUERA MATARREDONA (2003) y VALPUESTA GASTAMINZA (2004).

⁴⁸ No parece existir ninguna razón para establecer en estas sociedades una cifra de capital mínimo distinto de la que se establece para las Sociedades de Responsabilidad Limitada. Lo que demuestra esta divergencia es más bien la falta de coordinación del legislador. *Vid.* en este sentido BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ (2010: 614).

En segundo lugar, se identifican mediante una denominación subjetiva formada obligatoriamente por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores seguidos de un *código alfanumérico*⁴⁹. Dicho código denominado ID-CIRCE será generado por el Sistema de Tramitación Telemática (STT-CIRCE), cuya administración y gestión corresponde al Ministerio de Economía a través de la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa. El ID-CIRCE está constituido por una secuencia de diez caracteres alfanuméricos. Este código alfanumérico puede obtenerse mediante tramitación telemática o no telemática. Además en la denominación de la sociedad deberá figurar necesariamente la indicación "Sociedad Limitada Nueva Empresa" o su abreviatura "SLNE". La formación de esta denominación, amén de ser novedosa, tiene la ventaja de que no se necesita solicitar certificación negativa al Registro Mercantil Central, aligerando los trámites constitutivos.

En tercer lugar, los socios han de ser personas físicas y en el momento de la constitución no pueden ser más de cinco, si bien a resultas de la transmisión de participaciones sociales podrá superarse el número de cinco socios (arts. 437 y 444.1 LSC). Estrechamente relacionado con este tema se encuentra lo dispuesto en el art. 444.2 de la LSC, en el que se dispone que la transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de participaciones sociales sólo podrá hacerse a favor de personas físicas, determinando que si fuesen adquiridas por personas jurídicas, deberán ser enajenadas a favor de personas físicas en el plazo de tres meses, contados desde la adquisición.

En cuarto lugar, el objeto social es muy amplio, pudiendo tener un carácter genérico. Así el art. 436 de la LSC declara que esta sociedad "tendrá como objeto social todas o alguna de las siguientes actividades, que se transcribirán literalmente en los estatutos: agrícola, ganadera, forestal, pesquera, industrial, de construcción, comercial, turística, de transportes, de comunicaciones, de intermediación, de profesionales o de servicios en general". Y añade: "Además, los socios fundadores podrán incluir en el objeto social cualquier actividad singular distinta de las anteriores".

En quinto lugar, los trámites necesarios para el otorgamiento e inscripción de la escritura de constitución de esta sociedad podrán realizarse a través de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas (art. 439 LSC). La remisión telemática al Registro Mercantil de la copia autorizada de la escritura de constitución de la sociedad sólo podrá efectuarla el Notario. Con todo, el art. 440 de la LSC prevé la posibilidad de que los fundadores eximan al Notario de estas obligaciones, designando a un representante que se ocupe de los trámites preceptivos u ofreciéndose ellos mismos a hacerlo. En tal caso, el Notario deberá expedir la primera copia autorizada en soporte papel en un plazo no superior a veinticuatro horas desde que autorice la escritura de constitución de la sociedad. Una vez autorizada la escritura, el Notario la remitirá inmediatamente, junto con el Documento Único Electrónico, a las Administraciones tributarias competentes cumplimentando las

⁴⁹ Debe tenerse en cuenta la Orden ECO/1371/2003, de 30 de mayo, *por la que se regula el procedimiento de asignación del código ID-CIRCE que permite la identificación de la sociedad limitada Nueva Empresa y su solicitud en los procesos de tramitación no telemática*. Véase también la Instrucción de 30 de mayo de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *en relación a la entrada en vigor de la ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*, BOE núm. 140, de 12 de junio.

obligaciones que deriven de la legislación tributaria, remitiendo la copia autorizada para su inscripción en el Registro Mercantil.

Sea cual fuere la forma de tramitación, y siempre que se utilicen los estatutos sociales orientativos oficiales, el Registrador Mercantil deberá calificar e inscribir, en su caso, la escritura de constitución en el plazo máximo de veinticuatro horas, a contar desde el momento del asiento de presentación o, si tuviere defectos subsanables, desde el momento de presentación de los documentos de subsanación (art. 441 LSC). Una vez practicada la inscripción, el Registrador Mercantil notificará al Notario autorizante los datos registrales para que consten en la escritura matriz y en las copias que expida, y le remitirá la parte correspondiente del documento único electrónico, con los datos registrales de la sociedad ya incorporados (art. 441 LSC).

El Notario deberá expedir la copia autorizada en soporte papel de la escritura de constitución de la sociedad en un plazo no superior a veinticuatro horas, contadas desde la notificación de los datos registrales por el Registrador Mercantil. En ella deberá dejar constancia, entre otros datos, del número de identificación fiscal de la sociedad y de la remisión de la copia de la escritura de constitución y del documento único electrónico a las Administraciones tributarias competentes, para que éstas procedan a enviar el número de identificación fiscal definitivo de la sociedad a los socios fundadores.

Una vez inscrita la sociedad, el Registrador Mercantil transmitirá al Registro Mercantil Central los datos legalmente exigidos en los plazos reglamentariamente establecidos (art. 442 LSC).

En sexto lugar, la acreditación de la condición de socio se produce mediante el documento público en el que conste la adquisición. No se exige la llevanza del Libro Registro de Socios (art. 445 LSC).

En séptimo lugar, respecto a los órganos sociales, la Junta General podrá convocarse por correo certificado con acuse de recibo y por procedimientos telemáticos (art. 446 LSC). En cuanto al órgano de administración puede ser unipersonal o pluripersonal, no pudiendo en este último caso estructurarse como Consejo de Administración (art. 447 LSC). Además, conforme al art. 448, sólo puede ser nombrado administrador un socio. En octavo lugar, respecto a la modificación de los estatutos, sólo puede referirse al cambio de denominación social, domicilio y, dentro de los límites fijados en esta Ley, al capital social (art. 450 LSC).

En noveno lugar, en cuanto a la disolución, esta sociedad se va a disolver, además de por las causas de disolución previstas para la Sociedad de Responsabilidad Limitada, por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social durante al menos seis meses, a no ser que se restablezca el patrimonio neto en dicho plazo (art. 453 LSC).

Finalmente, esta sociedad podrá continuar sus operaciones como Sociedad de Responsabilidad Limitada, en los términos fijados en el art. 454 de la LSC.

Examinadas las notas características de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, cabe valorar de forma positiva la simplificación y reducción de trámites que se prevén. Fundamentalmente en la constitución, ya que con esta sociedad se logra un ahorro de costes y una puesta en marcha de la empresa en un tiempo muy reducido. Ello puede resultar de interés en cualquier empresa y también en las Empresas Familiares.

No obstante, como aspecto negativo, advertido por nuestra mejor doctrina (Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, 2010), cabe mencionar la mayor rigidez del régimen jurídico de la Sociedad Limitada Nueva Empresa frente a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, siendo esta última más adaptable a las necesidades y circunstancias de los socios.

En la misma línea, resulta criticable la prohibición de estructurar la administración en forma de Consejo de Administración, al no existir razones de peso que la justifiquen. Antes al contrario, como muy bien expresa Vicent Chuliá (2004), "esta forma puede ser conveniente para dar estabilidad al indispensable liderazgo de la empresa con la presencia de todos los sectores del grupo familiar en la administración; y para evitar los comportamientos «oportunistas» de los administradores (en la terminología del *Análisis Económico del Derecho*) que propician las formas de administrador individual, colectiva solidaria y colectiva mancomunada"⁵⁰.

Con el mismo tono crítico, se ha reseñado con razón por la doctrina autorizada (Embid Irujo, 2003⁵¹) que el legislador ha reducido injustificadamente la autonomía de la voluntad o el margen de la libertad contractual, tanto en lo que se refiere a la constitución, como en cuanto a la organización y el régimen interno. A este respecto manifiesta esta misma doctrina (Embid Irujo, 2003), con buen criterio, que el propósito del legislador de convertir el proceso de fundación en una fase prácticamente automática trae consigo una consecuencia no querida por el legislador, cual es, ante el escaso tiempo de que disponen Notario y Registrador, impedir *de facto* el ejercicio de la autonomía de la voluntad, especialmente en lo relativo a la determinación del contenido de los estatutos. Esta idea se refuerza además con el modelo orientativo de estatutos de la Sociedad Nueva Empresa, por el que van a optar los fundadores, desistiendo -ante la falta de tiempo- de la incorporación de otras cláusulas. Como describe de forma gráfica el Profesor Embid⁵², ello puede dar lugar, a "efectos no deseados: al reducir, de hecho, el papel de la autonomía de la voluntad estatutaria se puede desplazar hacia la órbita de los pactos parasociales el contenido de las concretas pretensiones de los socios, dificultando su conocimiento y su control".

En suma, como ha puesto de relieve la doctrina más autorizada (Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, 2010), las características de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, y especialmente la menor flexibilidad derivada de su régimen jurídico, a día de hoy, no se consideran especialmente atractivas.

⁵⁰ VICENT CHULIÁ (2004: 64), que tacha de absurda esta prohibición.

⁵¹ EMBID IRUJO (2003: 19 y ss.).

⁵² EMBID IRUJO (2003: 33).

6. Conclusiones

A pesar del protagonismo desempeñado por la Empresa Familiar en la creación de riqueza y empleo, en nuestro Ordenamiento, al igual que en el comunitario, no existe ni una definición legal precisa ni una regulación específica de la misma. La Comisión Europea ha venido desarrollando acciones e iniciativas específicas dirigidas a incentivar a las empresas familiares, fundamentalmente referidas a las pequeñas y medianas empresas.

En estas empresas, amén de ser característico que la propiedad, el poder de decisión sobre la empresa y la gestión corresponden al núcleo familiar representado por los parientes consanguíneos o afines entre sí, la vinculación entre la empresa y la familia se releja inexcusablemente en la caracterización de la misma.

La forma jurídica con la que se revista a la Empresa Familiar queda a la libre elección de los fundadores, quienes mostrarán sus preferencias en función de las características de que quieran dotar a la misma.

En caso de inclinarse por la organización en forma de sociedad, si bien en principio cualquiera de los tipos sociales consagrados por el legislador pueden servir para encauzar los objetivos pretendidos con la constitución de las Sociedades Familiares, la elección de una forma social concreta dependerá del sesgo que se quiera ofrecer a estas sociedades. Naturalmente los fundadores han de sopesar las ventajas e inconvenientes que presentan cada uno de los tipos sociales agrupados dentro de las sociedades personalistas y capitalistas para decantarse, en el caso concreto, por una sociedad en particular.

En la práctica, la balanza se inclina en la mayoría de las ocasiones por las sociedades capitalistas, fundamentalmente por dos razones: de una parte, la ausencia de responsabilidad por deudas sociales una vez que el socio ha realizado su aportación a la sociedad y, de otra, porque se pueden introducir cláusulas personalizadoras, útiles en estas Sociedades Familiares, especialmente en temas de transmisión de las acciones o participaciones sociales.

Dentro de las sociedades capitalistas la tendencia más evidente es a elegir la forma jurídica de Sociedad de Responsabilidad Limitada. De las múltiples diferencias existentes entre las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, que se han examinado en este trabajo, cabe extraer la conclusión de que la Sociedad de Responsabilidad Limitada presenta, cuando menos, tres ventajas que la hacen particularmente adaptable a las necesidades de las Sociedades Familiares. A saber: en primer lugar, permite una mayor flexibilidad de régimen jurídico; en segundo lugar es un tipo social apto para introducir una mayor personalización de la Sociedad; y, finalmente, puede asegurarse a través de ella un mayor poder de control de los socios sobre la administración de la Sociedad.

En efecto, en cuanto a lo primero, la menor rigidez o simplificación del régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada respecto a las Sociedades Anónimas aflora, entre otros temas, en la regulación de la valoración de las aportaciones no dinerarias, en el establecimiento de normas que agilizan la constitución de aquellas y la

realización de determinados actos societarios, lo que va a redundar, a la postre, también en un ahorro de costes.

A propósito de lo segundo, la posibilidad de personalizar en mayor medida la Sociedad se trasluce en múltiples aspectos de su régimen jurídico, entre los que ocupa un lugar destacado las posibles cláusulas estatutarias y las disposiciones legales sobre transmisión de participaciones sociales, por no mencionar las relativas al voto plural, al derecho inderogable de asistencia, etc.

Muestra de lo tercero lo es la posibilidad contemplada en la regulación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de impartir instrucciones al órgano de administración por parte de la Junta General; la admisión de las participaciones sin voto o el reconocimiento legal de la adquisición por la Sociedad de las participaciones propias, pudiendo permanecer temporalmente en poder de la Sociedad, sujetándose a los límites y requisitos legalmente previstos.

Estos y otros muchos aspectos característicos de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, que se han ido desgranando a lo largo de este trabajo, como resulta fácil de entender, son valorados muy positivamente por los fundadores a la hora de crear Sociedades Familiares.

Como subtipo de la Sociedad de Responsabilidad Limitada se ha regulado la Sociedad Limitada Nueva Empresa. Entre las ventajas que presenta, respecto a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, pueden apuntarse las siguientes: la celeridad en su constitución y la simplificación organizativa, con el consiguiente ahorro de costes. En esta línea se sitúan algunas de las notas características de esta Sociedad, como la previsión de tramitación telemática de la constitución, permitiendo el Documento Único Electrónico la simplificación de la misma; la no obligatoriedad del Libro Registro de Socios; la admisión de un objeto genérico, lo que permite desarrollar distintas actividades sin necesidad de modificar los estatutos.

No obstante, quienes desean constituir una Sociedad Familiar no siempre sienten esa necesidad imperiosa de agotar los plazos de constitución en un tiempo record, tomándose a veces un tiempo en la creación de la empresa que puede resultar incompatible con los plazos establecidos en la Sociedad Limitada Nueva Empresa. Especialmente en Sociedades Familiares en las que se pretenda introducir múltiples cláusulas estatutarias dirigidas a una mayor personalización de la Sociedad el modelo orientativo de estatutos del Ministerio de Justicia puede que no dé respuesta al deseo de incorporación de las mismas, con lo que puede ocurrir que la discusión, acuerdo y redacción de dichas cláusulas no se logre realizar en el plazo sumamente breve de constitución que fija el legislador.

Aparte de esto, pueden reseñarse como inconvenientes el menor número de socios que ha de reunir esta sociedad; la exigencia de que estos sean personas físicas; la limitación del capital; la exclusión del desembolso del capital con aportaciones no dinerarias; el requisito de ser socio para ser administrador y la exclusión del Consejo de Administración.

Finalmente, es menester destacar que una adecuada organización de las Sociedades Familiares presupone, además de la inclusión en la escritura social de las menciones obligatorias legalmente previstas, la incorporación de pactos familiares, muchos de los cuales van a figurar en el Protocolo Familiar. De esta suerte, se complementará la organización y el ejercicio de la actividad empresarial con los pactos que, con pleno respeto a los principios configuradores del tipo social elegido, van a asegurar una explotación del negocio familiar acorde a los principios éticos, valores familiares y al proyecto empresarial que subyace en la creación de la Empresa Familiar. De manera especial mediante dicho Protocolo se trata de asegurar la sucesión pacífica y sin traumas en la empresa familiar.

Con todo, sin desconocer que los tipos sociales previstos por el legislador, y en especial la forma jurídica de Sociedad de Responsabilidad Limitada, pueden servir para encauzar la organización de la Sociedad Familiar, no hay que ignorar que todavía resulta mejorable la regulación, a fin de propiciar un mejor desarrollo de las Empresas Familiares. Así, entre otras cuestiones, se considera todavía pendiente, porque la nueva Ley de Sociedades de Capital no lo resolvió, el tema de la emisión de obligaciones por las Sociedades de Responsabilidad Limitada Familiares. Esta es una cuestión que, en tiempos de crisis, puede adquirir tintes dramáticos, habida cuenta que ante las necesidades de financiación de estas Sociedades, se le ha dejado cerrada una vía que podría resultar muy útil para evitar la despatrimonialización y, llegado el caso, el concurso de la Sociedad Familiar. Vía ésta que además, lejos de suponer la ruptura del carácter cerrado de la sociedad y la pérdida del control de la sociedad por el núcleo familiar que ostenta la mayoría, puede contribuir a preservarlo, mediante la introducción de mecanismos, como la exclusión de la emisión de obligaciones convertibles en participaciones sociales, que impidan al obligacionista convertirse en miembro de la sociedad. Y ello sin desconocer que la emisión de obligaciones como instrumento de financiación resulta mucho más eficaz que la emisión de participaciones sin voto, que sí ha sido reconocida por el legislador.

7. Bibliografía

- AA.VV. (1995). *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (V. Garrido de Palma [Dir.]). Madrid: Civitas.
- AA.VV. (2005). *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. En, M. Garrido Melero; J.M. Fugardo Estivill y V. Garrido de Palma (Coords.), Vol. IV. Barcelona: Bosch.
- AA.VV. (2010). *Memento práctico Francis Lefebvre Sociedades Mercantiles 2011*. Madrid: Francis Lefebvre S.A.
- Alfaro Águila-Real, J. (2005). "Prestaciones accesorias". En, M. Garrido Melero; J.M. Fugardo Estivill y V. Garrido de Palma (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. IV. Barcelona, Bosch, pp. 433-480.
- Barba de Vega, J. (1984). *Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Madrid: Montecorvo.

- Boquera Matarredona, J. (2003) (Dir.). *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*. Navarra: Aranzadi.
- Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. (2010). *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I. Madrid: Tecnos.
- Cerdá Albero, F. (2004). "La empresa familiar: una noción relativa". En, F. Vicent Chuliá; F. Cerdá Albero y otros, *El buen gobierno de las empresas familiares*. Navarra: Aranzadi, pp. 67-122.
- Corbetta, G. (1995). *Le imprese familiari. Caratteri originale, varietà e condizione de sviluppo*. Milán.
- Corona, J. (2004). "Características de la Empresa Familiar". *Colección Biblioteca de la Empresa Familiar*. Barcelona: Associació Catalana de l'Empresa Familiar.
- Díaz Gómez, M^ªA. (1997). *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*. Madrid: McGraw-Hill.
- Díaz Gómez, M^ªA. (2011). "El régimen de valoración de las aportaciones no dinerarias en las sociedades anónimas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, y en la vigente Ley de Sociedades de Capital". En prensa.
- Dirección General de Política de la Pyme (2003). *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*. Madrid: Ministerio de Economía
http://www.laempresafamiliar.com/media/upload/pdf/empresa_familiar_guia.pdf.
- Embid Irujo, J.M. (2003). "Consideraciones generales sobre la «Sociedad Limitada Nueva Empresa»". En, J. Boquera Matarredona (Dir.), *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*. Navarra: Aranzadi, pp. 19 a 34.
- Ernst&Joung (2010). "The role of family business in the European economy family business report".
[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Flwxible,_focused_and_forward-looking/\\$FILE/Family%20business%20report%200410k.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Flwxible,_focused_and_forward-looking/$FILE/Family%20business%20report%200410k.pdf).
- Ernst&Joung (2010). "Flexible, focused and forward-looking. How a distinctive business approach is sustaining family firms though the downturn"
[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Flwxible,_focused_and_forward-looking/\\$FILE/Family%20business%20report%200410k.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Flwxible,_focused_and_forward-looking/$FILE/Family%20business%20report%200410k.pdf).
- Fernández de Córdoba Claros, I. (2006). "La asamblea y el consejo de Familia: disfunciones del ensanchamiento corporativo de las sociedades de capital. A propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2005", *RdS*, 26, pp. 475-494.
- Fernández del Pozo, L. (1994). "La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada", *RGD*, mayo 1994, pp. 5431-5476.
- Fernández del Pozo, L. (2007). "El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado", *RdS*, 29, pp. 139-183.
- Gallo, M. (1995). "La empresa familiar: fortalezas y trampas". En, V. Garrido de Palma (Dir.), *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Madrid: Civitas, pp. 50-59.

- Garrido de Palma, V. (2005). "La familia empresaria ante el Derecho". En, M. Garrido Melero; J.M. Fugardo Estivill y V. Garrido de Palma (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. IV. Barcelona: Bosch, pp. 63-94.
- Gomá Lanzón, I. (2005). "El protocolo familiar". En, M. Garrido Melero; J.M. Fugardo Estivill y V. Garrido de Palma (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. IV. Barcelona: Bosch, pp. 653 a 707.
- Grima Ferrada, J. (2004). "Pactos entre socios familiares". En, F. Vicent Chuliá; F. Cerdá Albero y otros, *El buen gobierno de las empresas familiares*. Navarra: Aranzadi, pp. 139-180.
- Iglesias Prada, J.L. (1994). "El Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la Empresa Familiar", *RGD*, mayo 1994, pp. 5417-5429.
- Informe Senado (2002), *Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar*. Madrid: Senado.
- Instituto de La Empresa Familiar. <http://www.iefamiliar.com/web/es/>.
- Ministerio de Economía (Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa) (2003). *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía. Disponible en http://www.laempresafamiliar.com/media/upload/pdf/empresa_familiar_guia.pdf.
- Otero Lastres (1995). "La Junta General de accionistas de las sociedad anónima familiar". En, V. Garrido de Palma (Dir.), *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Madrid: Civitas, pp. 252-279.
- Paz-Ares, C. (2005). "Los pactos parasociales. Su eficacia". En, M. Garrido Melero; J.M. Fugardo Estivill y V. Garrido de Palma (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. IV. Barcelona: Bosch, pp. 709-752.
- Peñas Moyano, M.J. (1996). *Las prestaciones accesorias en la Sociedad Anónima*. Pamplona: Aranzadi.
- Perdices Huetos, A.B. (2005). "Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares". En, M. Garrido Melero; J.M. Fugardo Estivill y V. Garrido de Palma (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. IV. Barcelona, Bosch, pp.481-522.
- Pérez-Fadón Martínez, J. (2005). *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*. Bilbao: CISS.
- Quijano González, J. (2002). "Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, constituida en la Comisión de Hacienda del Senado (octubre 2000). Nota introductoria", *RdS*, 18, pp. 367-381.
- Recalde Castells, J. (2009).). En, I. Arroyo; J.M. Embid y C. Górriz (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Capítulo III, Sección 2ª, Madrid: Tecnos, pp. 337 a 380.

- Roca Junyent, M. (2005). "La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario". En, M. Garrido Melero; J.M. Fugardo Estivill y V. Garrido de Palma (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. IV. Barcelona: Bosch, pp. 23-61.
- Rodríguez-Aparicio, J.A. (2004). "El protocolo familiar". En, F. Vicent Chuliá; F. Cerdá Albero y otros, *El buen gobierno de las empresas familiares*. Navarra: Aranzadi, pp. 287-322.
- Rodríguez Artigas, F. (2005). "La empresa familiar y las reformas de la ley de sociedades limitadas". En, M. Garrido Melero; J.M. Fugardo Estivill y V. Garrido de Palma (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. IV. Barcelona: Bosch, pp. 383-431.
- Rovira del Canto, J. y Castrodeza Vía, J. (2004). "Financiación de la empresa familiar". En, F. Vicent Chuliá; F. Cerdá Albero y otros, *El buen gobierno de las empresas familiares*. Navarra: Aranzadi, pp. 181 a 212.
- Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J. (2010). *Instituciones de Derecho Mercantil*. Navarra: Aranzadi.
- Sánchez-Crespo Casanova, A.J. (2009). *El protocolo familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución*. Madrid: Sánchez-Crespo Abogados y Consultores.
- Valmaña, A. (2010). "Ley de Sociedades de Capital y Empresa Familiar: una oportunidad desaprovechada". <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho%20Mercantil/201007-352398712542.html>.
- Valpuesta Gastaminza, E.Mª (2004). *La sociedad nueva empresa*. Barcelona: Bosch.
- Velasco San Pedro, L.A. (2009). En, I. Arroyo; J.M. Embid y C. Górriz (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Capítulo IV, Sección 4ª. Madrid: Tecnos, pp. 544 a 603.
- Vérgez Sánchez, M. (1999). "Régimen de las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada (artículos 26 a 34 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)". En, R. Uría; A. Menéndez y M. Olivencia (Dirs.), *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. XIV, Vol. 1º. B. Madrid: Cívitas, pp. 15 a 209.
- Vicent Chuliá, F. (2002). "Organización jurídica de la sociedad familiar". En, AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. V. Madrid: McGraw Hill, pp. 4529-4570.
- Vicent Chuliá, F. (2005). *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vicent Chuliá, F. y otros (2004). *El buen gobierno de las empresas familiares*. Navarra: Cuatrecasas-Aranzadi.
- Viñuelas Sanz, M. (2004). *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*. Madrid: Dykinson.

LA EMPRESA FAMILIAR Y LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES Y SU SUCESIÓN

Carlos Miguélez del Río¹
cmigr@unileon.es

Universidad de León

fecha de recepción: 01/03/2011
fecha de aceptación: 15/04/2011

Resumen

Este trabajo hace referencia a la problemática derivada de la existencia de la empresa familiar y a las características específicas de las explotaciones familiares, especialmente las de asegurar la conservación y continuación de la misma. Ante la falta de una regulación específica en la materia, estudiaremos la normativa común sobre la empresa familiar dentro del régimen económico del matrimonio y la sucesión de la misma. Con esta finalidad examinaremos las nuevas reformas introducidas en nuestro ordenamiento jurídico contemplando la empresa familiar, tanto como bien ganancial, como privativo, como integrada por bienes privativos y gananciales, así como en cuanto a sus beneficios y pérdidas y los efectos que en ella produce la liquidación de la sociedad ganancial. Efectuaremos también un estudio específico del protocolo familiar y de las formas de sucesión de la empresa familiar, con mención concreta al novedoso contenido del art. 1056 del Cc y a las facultades de mejora de hijos o descendientes, para concluir con las notas más importantes de los pactos sucesorios y su trascendencia jurídica.

Palabras clave: Empresa familiar; Sociedad de gananciales; Liquidación de la sociedad de gananciales; Bienes privativos; Bienes gananciales; Protocolo familiar, herederos forzosos; Legítima; Mejora; Pactos sucesorios.

Abstract

His work refers to the problematics derived from the existence of the family business and to the specific characteristics of the familiar developments, specially them of assuring the

¹ Magistrado y Profesor Asociado. Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Campus de Vegazana, s/n, 24071-León (España).

conservation and continuation of the same one. Before the lack of a specific regulation in the matter, we will study the common regulation on the family business inside the economic regime of the marriage and the succession of the same one. With this purpose we will examine the new reforms got in our juridical classification contemplating the family business, so much as profit good, since exclusively, since integrated by exclusive and profit goods, as well as for his benefits and losses and the effects that in her there produces the liquidation of the profit company. We will effect also a specific study of the familiar protocol and of the forms of succession of the family enterprise, with mention it makes concrete to the new content of the art. 1056 of the Cc and to the powers of improvement of children or descendants, to conclude with the most important notes of the successor agreements and his juridical transcendency.

Keywords: Family business; System of shared assets; Liquidation of the system of shared assets; Private assets; Shared assets; Family protocol, Necessary inheritors; Legitimate; Improvement; Inheritance agreements.

1. La empresa familiar y la sociedad legal de gananciales

1.1. ¿Qué es la empresa familiar?

De sobra es conocido por todos que, independientemente del tamaño o de la clase de actividad de que se trate, existen empresas en las que el capital o la gestión o el gobierno de las mismas, está en manos de una o de varias familias. Estas entidades pueden ser empresas pequeñas, medianas o grandes y, su forma de organización, puede ser la de una empresa individual o colectiva o sociedad. Pues bien, hoy día se admite por todos que la empresa familiar está vinculada a un principio elemental y comprensible cual es la idea de supervivencia de la empresa, pudiendo señalarse dos notas que la caracterizan: a) se trata de empresas unifamiliares o multifamiliares en las que la capacidad de control político lo ejercen uno o varios miembros de la familia; y b) es deseo y voluntad de los propietarios de la empresa la idea de permanencia, es decir, que continúe en manos y en poder de la propia familia. Es precisamente por esta razón por la que suele establecerse el llamado protocolo familiar para que la empresa se mantenga dentro de la familia mediante la incorporación de sucesivas generaciones familiares, como diremos con posterioridad.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico un concepto legal de empresa familiar, sin embargo la realidad económica demuestra su existencia y su importancia en todos los países, no solo en España, por ejemplo en Francia el 60,5% de las empresas son de origen familiar, en Italia el 75%, en Alemania el 82%, en el Reino Unido el 76%, en Estados Unidos el 90% y, en España el 71% de las empresas que, en el año 1998, facturaban más de 200 millones de pesetas al año eran empresas familiares, según el número 12-1998 de la Colección de Estudios e Informes editado por la Caixa, Gallo (1998). En la Asamblea General GEEF, celebrada el día 27 de marzo de 2008, se definió

la empresa familiar como aquella en la que, tenga el tamaño que tenga, la mayoría de los votos son propiedad de la persona o personas de la familia que fundó o fundaron la compañía, o son propiedad de la persona que tiene o ha adquirido el capital social de la empresa, o son propiedad de sus esposas, padres, hijos o herederos directos del hijo, pudiendo ser la mayoría de los votos directa o indirecta, cuando al menos un representante de la familia o pariente participa en la gestión o gobierno de la compañía. Y a las entidades cotizadas en bolsa, se les aplica la definición de empresa familiar si la persona que fundó o adquirió el capital social, o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto a los que da derecho el capital social. Por su parte, la Comisión de Hacienda del Senado español, en noviembre de 2001, no definió lo que era la empresa familiar pero dictaminó las siguientes características: a) cuando una o varias familias tengan una participación importante del capital social; b) cuando la familia ejerza el control de la empresa; c) cuando algún miembro de la familia participe en la gestión de la sociedad; y d) cuando exista una vocación de continuidad y permanencia en seguir con su propiedad y gestión, incorporando a las futuras generaciones familiares. (BOCE, Senado, 23 de noviembre de 2001).

1.2. De la sociedad legal de gananciales

Conviene comenzar este breve estudio sobre la importancia y repercusión que la sociedad legal de gananciales tiene en la empresa familiar, partiendo de la base del concepto que, de la sociedad de gananciales, hace el art. 1344 del Cc, según el cual, “mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”. Ahora bien, no toda ganancia obtenida durante el matrimonio puede considerarse como ganancial, del mismo modo que pueden existir bienes privativos de los cónyuges a pesar de existir una sociedad ganancial, ni la existencia de bienes gananciales implica, siempre y necesariamente, la existencia de ganancias para los esposos.

Nos estamos pues refiriendo a un régimen económico matrimonial que, según se dice en el art. 1316 del Cc, rige como sistema legal supletorio para los ciudadanos españoles sometidos al derecho común, conforme se deduce del art. 1315 de la misma norma jurídica.

Si bien la sociedad de gananciales comparte importantes aspectos con las sociedades civiles, parece claro que la sociedad de gananciales no participa de la misma naturaleza jurídica que las sociedades a las que se refieren los arts. 35 y 36 del Cc, en cuanto que la sociedad de gananciales se caracteriza por la creación de un patrimonio separado y colectivo, es decir, de un patrimonio común que, conjuntamente, ha de distribuirse entre el marido y la mujer.

Toda empresa familiar puede ser estudiada desde tres puntos de vista, conforme tiene indicado la Profesora Reyes López (2005), como bien privativo, como bien ganancial y como bien privativo y ganancial.

1.3. La empresa como bien privativo

Tiene ello lugar cuando la empresa ha iniciado su ejercicio por alguno de los cónyuges con anterioridad a la celebración del matrimonio. Es el art. 1346 del Cc el que indica cuales son los bienes privativos de cada uno de los cónyuges.

Examinando dicho precepto jurídico comprobamos que no se define lo que se debe entender por bienes privativos y que solamente se establece una larga enumeración que, consideramos debe ser de carácter taxativo: el legislador español parte, en primer lugar, del momento de la adquisición de los bienes para determinar cuando son privativos de uno de los cónyuges, independientemente de que se hubiesen adquirido de forma onerosa o gratuita.

A este propósito, el legislador sienta la regla general de que serán bienes privativos los que, al comenzar la sociedad de gananciales, pertenezcan a cada uno de los cónyuges; los adquiridos por cada uno de los cónyuges por título gratuito después de comenzar la sociedad; los adquiridos por título oneroso cuando el bien objeto de la contraprestación fuese privativo; los bienes adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno de los esposos, entendiéndose que el supuesto abarca tanto el retracto legal, como el convencional, como el arrendaticio; los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona que, como es notorio y conocido, nada tienen que ver con los derechos de la personalidad o con los bienes de la persona, por cuanto estos bienes no se patrimoniales, nos estamos refiriendo a los derechos derivados de la propia imagen, intelectuales, etc.; los bienes y derechos patrimoniales no transmisibles *inter vivos*, se está refiriendo aquí el legislador a aquellos bienes o derechos subjetivos adquiridos durante vigencia de la sociedad de gananciales en virtud de contratos o actos realizados por circunstancias personalísimas de uno de los cónyuges, como por ejemplo los derechos de un socio industrial; el resarcimiento por daños sufridos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos, como tendrá lugar cuando uno de los esposos sufra daños por atentado contra su integridad física o psíquica o contra el honor, etc.; las ropas objeto de uso personal que no tengan un valor extraordinario o los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio de uno de los cónyuges; y, en último lugar, la adquisición de bienes privativos con fondos comunes concede al patrimonio ganancial un crédito por el valor satisfecho contra el cónyuge titular de esos bienes privativos, tal como dispone el art. 1358 del Cc.

1.4. La empresa como bien ganancial

Tiene lugar cuando la empresa sea constituida durante la vigencia del matrimonio y con fondos gananciales. En este sentido, dentro de la empresa habrán de incluirse no sólo los bienes y derechos comunes de ambos cónyuges que formen parte del activo de la comunidad, sino también los beneficios generados por los mismos.

Tengamos en cuenta que según los arts. 1344 y 1347 del Cc se hacen comunes las ganancias o beneficios obtenidos por cualquiera de los cónyuges, los obtenidos por la industria o por el trabajo de cada uno de los esposos, los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales, los adquiridos a título

oneroso a costa del caudal común o por derecho de retracto de carácter ganancial y las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes.

Efectivamente, las empresas o establecimientos de explotación lucrativa son auténticas adquisiciones a título ganancial, siempre y cuando se cumplan dos requisitos legales, el primero que se adquiera a título oneroso y, el segundo, que se efectúe a costa del caudal común.

1.5. Empresa integrada por bienes privativos y gananciales

Se da este supuesto bien cuando la empresa se constituye durante la vigencia del régimen ganancial pero con capital privado de los cónyuges y con bienes o derechos gananciales, o bien cuando la empresa se ha constituido antes de la celebración del matrimonio con capital privado de uno de los esposos y con la aportación posterior de bienes o derechos gananciales.

En este sentido, son dos las referencias legales existentes para la determinación de la naturaleza jurídica de la empresa familiar constituida en parte con bienes privativos de uno de los cónyuges y en parte con bienes gananciales, concretamente los arts. 1354 y 1355 del Cc.

Desde luego, si los cónyuges adquiriesen un bien en parte con dinero privativo de uno de los cónyuges y si en el contrato correspondiente, se hiciese mención a las correspondientes cuotas pertenecientes a la comunidad de gananciales y al cónyuge que satisfizo parte del precio con dinero privativo, el art. 1354 del Cc establece que los bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo, corresponderá proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de las aportaciones. En definitiva, si ocurriese tal supuesto estaríamos en presencia en un bien perteneciente a una sociedad especial, al carecer de personalidad jurídica la sociedad de gananciales.

Por el contrario, el art. 1355 del Cc establece que los cónyuges, de mutuo acuerdo, podrán atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio y ello con independencia de cuál sea la procedencia del precio y la forma de plazos en que se satisfaga, añadiendo dicho precepto que, si la adquisición se hace forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes. Es decir, nos encontramos ante la posibilidad de que los cónyuges puedan decidir sobre la condición de un bien ganancial adquirido onerosamente durante el matrimonio, y ello al margen de la procedencia del precio o, lo que es lo mismo, ello es reflejo del principio de que los cónyuges pueden celebrar entre sí todo tipo de contratos, como indica el art. 1323 del Cc. El resultado de ese pacto de los cónyuges es que el bien adquirido no será presuntamente ganancial, sino que será real y e indudablemente ganancial.

Pues bien, en el supuesto de que una empresa hubiese sido fundada con capital privativo y capital común, el art. 1347 del Cc indica que se aplicará lo dispuesto en el art. 1354 de

la misma norma jurídica. Como sostiene el Profesor Peña Bernaldo de Quirós (1991), es difícil que una empresa se constituya durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno cualquiera de los cónyuges y que tenga carácter enteramente privativo, básicamente porque los arts. 1347.1º y 1359 del Cc establecen que la aportación de trabajo de uno de los cónyuges debe ser considerada como capital común. Ahora bien, el hecho de que la empresa así constituida sea considerada, desde un punto de vista de calificación jurídica, como un bien ganancial no quiere decir que desaparezca en parte la titularidad sobre cada uno de los elementos que la integran, por lo tanto, el cónyuge que hubiese contribuido con sus bienes privativos a la fundación de la empresa familiar seguirá siendo titular proindiviso de la empresa en proporción a su participación privativa, al pertenecer la empresa proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge. En consecuencia, en el supuesto de disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales, no entrará en juego el contenido del art. 1358 del Cc, según el cual, cuando los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación, sino que el cónyuge que hubiese participado con sus bienes privativos en la fundación de la empresa tendrá derecho a una participación proporcional al valor de sus aportaciones.

1.6. Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y sus efectos para la empresa familiar

Es evidente que no puede haber matrimonio sin la existencia de régimen económico matrimonial y, de igual forma, tampoco es asumible que pueda existir un régimen matrimonial sin matrimonio. Conforme indica el art. 1392 del Cc, la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio, cuando sea declarado nulo, cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges y, en último lugar, cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto.

Ahora bien, una vez iniciada la disolución y hasta el momento en que se aprueben las operaciones particionales conforme indican los arts. 1396 y siguientes del Cc, la comunidad de gananciales se convierte en una comunidad en liquidación y, en consecuencia, los bienes y derechos que adquieran cada uno de los cónyuges lo adquieren para su exclusivo patrimonio y no para el de la comunidad, cesando también el régimen de administración de bienes que hubiere estado vigente y no pueden contraerse obligaciones nuevas a cargo de la masa, restando solo el pago de las deudas existentes y, con posterioridad, cobrar los créditos pendientes y el reparto de los bienes y derechos. En palabras del Profesor Vázquez Iruzubieta (1997), nace así un régimen de indivisión que ya no es forzoso y, aunque el conjunto de bienes continúa perteneciendo a los cónyuges o a sus herederos, ya no puede ser definido como el patrimonio de una sociedad conyugal al haber desaparecido la finalidad de su existencia y encontrarse extinguidas las fuentes que la nutrían.

El legislador, para que la partición y adjudicación sean justas, equitativas, prácticas y útiles para los cónyuges, ha establecido un catálogo de normas que habrán de ser

tenidas en cuenta siempre y cuando los bienes, derechos y beneficios de la comunidad así lo permitan.

El art. 1406 del Cc, en lo que aquí interesa, establecía que la explotación agrícola, comercial o industrial se incluirían con preferencia en el haber del cónyuge que los hubiera llevado con su trabajo. La reforma de dicha norma, efectuada por la Ley 7/2003, ha variado la redacción de dicho precepto jurídico diciéndose en la actualidad que cada cónyuge tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance “la explotación económica que gestione efectivamente”. Esta norma, sobre la Sociedad Limitada Nueva Empresa, ha introducido transformaciones en la legislación civil vigente en aquellos preceptos en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc.

En el supuesto objeto de estudio, el referido precepto busca claramente proteger la empresa familiar con dos finalidades evidentes, por un lado la conservación de la empresa como unidad económica y, por otro, facilitar que el cónyuge empresario pueda continuar con la explotación económica que ha gestionado durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Para que pueda darse tal preferencia como derecho potestativo del cónyuge, conceptualizado como una opción legal, es preciso, como sostiene el Profesor García Urbano (1991), que se den los siguientes requisitos: a) que la empresa tenga la naturaleza jurídica de ganancial, incluso las empresas y establecimientos a los que se refiere el art. 1347.5 del Cc, es decir, los fundados durante la vigencia de la sociedad por uno de los cónyuges, pero a expensas de bienes comunes; y b) que constituya una explotación en sentido amplio, por lo tanto se incluirán cualquier tipo de empresas y explotaciones, siempre que el cónyuge hubiese gestionado, efectiva y realmente, la explotación con anterioridad a la liquidación de la sociedad.

1.7. Beneficios generados por la empresa familiar

Si partimos del principio comúnmente admitido, según el cual la empresa que no tiene beneficios y no crece está llamada a su desaparición, tenemos que convenir que la obtención de beneficios es un requisito imprescindible en toda empresa, fundamentalmente en la familiar donde, como ya sabemos, tiene como una de sus finalidades básicas la supervivencia y la incorporación de futuras generaciones, y ello tanto a la propiedad como a la gestión.

En aplicación del art. 1347 del Cc, podemos decir que son bienes gananciales los obtenidos o producidos directamente por cualquiera de los cónyuges salvo, evidentemente, que se trate de derechos patrimoniales inherentes a la persona, la ropa y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor y los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, excepto cuando sean parte de un establecimiento o explotación de carácter común. Asimismo, será ganancial el beneficio derivado de la actividad de cualquiera de los cónyuges, las ganancias o beneficios obtenidos por éstos y los derivados de los bienes, sean privativos o gananciales, independientemente de que se obtengan o no con periodicidad. En el caso de subrogación de bienes gananciales, se

convierten también en gananciales, aunque sólo se hubiesen adquirido por uno de los cónyuges; y, en último lugar, son gananciales los bienes adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, y ello aunque se utilizase bienes fondos privativos de uno de los cónyuges, en cuyo caso el cónyuge titular de esos bienes será acreedor frente a la sociedad de gananciales y ésta será deudora del cónyuge en la forma que indica los arts. 1358 y 1364 del Cc.

En relación con las empresas y establecimientos, el párrafo 5º del art. 1347 del Cc señala que los fundados durante la vigencia de la sociedad por uno de los cónyuges a expensas de los bienes comunes serán gananciales y, si concurre capital privado y capital común, pertenecerán proindiviso a la sociedad y al cónyuge en proporción al valor de sus respectivas aportaciones.

Por lo tanto, la empresa será ganancial cuando se haya fundado conjuntamente por ambos cónyuges y sus beneficios serán también gananciales, incluso en el supuesto de que se haya creado por uno solo de los cónyuges pero con bienes gananciales, por cuanto si lo obtenido por el ejercicio de la profesión de cualquiera de los cónyuges y por rendimientos de bienes privativos forma parte de la sociedad de gananciales, es lógico y justo que para el ejercicio de una profesión el patrimonio ganancial facilite a los cónyuges los bienes y medios necesarios para ello.

1.8. Deudas de la empresa familiar

Según dispone el art. 1367 del Cc, los bienes gananciales responderán de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro. Así las cosas, salvo casos muy especiales, si los cónyuges no actúan conjuntamente o uno solo de ellos con el consentimiento del otro, no es lícito contraer obligaciones con cargo a la empresa familiar.

Por lo tanto, como norma general, los actos contraídos por uno solo de los cónyuges que supongan obligaciones para la sociedad de gananciales carecerán de valor jurídico alguno, pero no olvidemos que según el art. 1322 del Cc cuando se requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y cuando no hayan sido confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido, sin perjuicio de que serán nulos los actos realizados a título gratuito sobre bienes comunes si falta el consentimiento del otro cónyuge.

Ahora bien ¿es posible que dentro de una empresa familiar, ambos cónyuges puedan establecer pactos o convenciones que prevalezcan sobre las referidas limitaciones legales? La doctrina mayoritariamente entiende que sí, por ejemplo la Profesora Herrero García, admitiéndose en este sentido que las estipulaciones capitulares puedan asimilarse a las normas legales, de tal forma que mediante consentimiento válido pactado voluntariamente por los dos cónyuges sería lícito pactar la supresión de dicho consentimiento para la administración y disposición de bienes gananciales, siempre y cuando tal dispensa tenga valor en términos de reciprocidad entre los cónyuges, tal como se deriva del art. 1328 del Cc donde se dice que serán nulas cualquier estipulación

contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge.

1.9. El protocolo familiar

Sí, como antes hemos indicado, uno de los problemas más importantes que tiene la empresa familiar surge en orden a determinar sobre su continuidad y mantenimiento, el protocolo familiar puede contribuir a conseguir tales objetivos mediante una serie de acuerdos que pueden adoptarse por los interesados. De esta forma puede definirse como un conjunto de reglas dadas entre los miembros de la familia que, fundamentalmente, están encaminadas a regular tanto la organización y gestión de la empresa, como las relaciones profesionales entre sus miembros entre las cuales, lógicamente, pueden también incluirse los relativos a la sucesión de la empresa y a la elección y designación del sucesor o sucesores.

La Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar redactada en el año 2003 por la Dirección General de las PYME, haciéndose eco de las recomendaciones del Informe de la Comisión Especial del Senado del año 2001 sobre la problemática de la empresa familiar, recoge la necesidad de que las empresas familiares formalicen un protocolo como acuerdo que delimite el marco de desarrollo, las reglas de actuación y las relaciones entre la empresa familiar y su propiedad. En este mismo sentido se indica también por la Ley 7/2003 sobre la sociedad limitada nueva empresa.

Como todo pacto o contrato, es preciso que el protocolo familiar sea asumido por todos los miembros del grupo familiar y que cuente con su consentimiento, por cuanto sin ello no será posible el cumplimiento de una de sus finalidades básicas, cual es la prevención de conflictos que puedan nacer en el seno de la empresa familiar y su adaptación a las nuevas realidades empresariales y familiares.

Precisamente por ello se suelen establecer mecanismos para ir adaptando el protocolo a los nuevos tiempos de la empresa, gozando así de la característica de la autorregulación en cuanto que no se impone a ninguna empresa familiar.

No existe limitación alguna sobre el contenido del protocolo familiar, por lo que debemos entender que siempre que no sean contrarios a la ley o al orden público o perjudiquen a terceras personas, pueden tratar sobre cualquier cuestión que afecte a la empresa familiar y puede incluirse en los estatutos de la sociedad o, por el contrario, no incorporarse a ellos. No obstante, sí se considera conveniente su determinación para configurar las relaciones entre la familia y la empresa en temas como la preparación del sucesor o la preparación y organización para la sucesión o las relaciones entre el predecesor y la familia o el establecimiento de un derecho de usufructo sobre la empresa de algún familiar mientras que el fundador sigue ostentando el derecho de propiedad, etc. No existe pues ningún prototipo de contenido del protocolo, pudiendo haber tantos y distintos como tantas empresas familiares.

Ahora bien, tampoco debemos olvidar que el protocolo familiar, además de un pacto o contrato entre los integrantes de círculo familiar, constituye también un marco de pautas

de conducta que los miembros se comprometen a cumplir y que, al margen de las penalizaciones que puedan establecerse por sus incumplimientos, adquieren el compromiso de cumplir en interés de la familia y de la empresa familiar, intentando anticiparse a los posibles problemas y a las diferentes situaciones que puedan afectar a la empresa en el futuro para buscar resolver la situación cuando realmente se presenten.

En consecuencia, en todo protocolo familiar es preciso distinguir entre las reglas que tienen para las partes valor contractual y cuyo cumplimiento podrá ser impuesto y aquellas otras que tienen un mero contenido moral o referencial y sin ningún valor coercitivo.

En último lugar indicar, como pone de manifiesto la Profesora Parra Lucán (2008), que muchas veces la aplicación de normas que permiten adjudicar la empresa familiar a un solo sucesor son claramente insuficientes para resolver todos los problemas y conflictos que puedan darse, particularmente en relación a la titularidad de la explotación; a la profesionalización de los gestores; al favorecimiento de aquellos hijos que con su trabajo y dedicación han permanecido en la empresa, o a la forma de hacer efectiva la retribución de los familiares encargados de la gestión de la empresa con la participación en la propiedad de todos los herederos. Todas estas circunstancias y otras similares son las que han hecho posible que el protocolo familiar se haya desarrollado también en el ámbito de la sucesión de las empresas familiares, teniendo el significado de una especie de contrato o de pacto entre los miembros de una familia para que, por supuesto respetando la legítima de los herederos forzosos, asuman el compromiso de cumplimiento de una serie de reglas sobre el funcionamiento de la empresa familiar.

2. La sucesión en la empresa familiar

2.1. Cuestiones generales

Ya sabemos que una de las características más importantes de la empresa familiar es la vocación de continuidad y permanencia, en la vocación de seguir con su propiedad y gestión, incorporando a sucesivas generaciones. Pues bien, en relación con este tema, es claro que la sucesión de la empresa puede convertirse en uno de los puntos conflictivos que puede darse en toda empresa familiar. Así es, es un hecho notorio que pueden surgir problemas por diferentes acontecimientos que pueden darse en el proceso sucesorio, ya sea porque el familiar fundador de la empresa ponga reparos a la sucesión o en cuanto al nombramiento y elección del sucesor, pudiendo suscitarse discrepancias entre el fundador y al candidato elegido sobre la forma de seguir con la gestión y dirección de la empresa familiar.

Históricamente no ha sido infrecuente que el fundador no siempre daba cumplimiento a las normas legales que regulaban toda sucesión hereditaria, concretamente nos estamos refiriendo a los requisitos que establecen los arts. 806 y siguientes del Cc. En esta regulación, después de afirmar que la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados herederos forzosos, señala que son herederos forzosos los hijos y descendientes respecto

de sus padres y ascendientes; a falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes y el viudo o la viuda en los términos indicados en la ley. Y asimismo establece que constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre o de la madre, sin perjuicio de que éstos puedan disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

En este sentido, para tratar de evitar los problemas derivados de las limitaciones que imponen las normas sucesorias, el legislador en el año 2003 modificó el párrafo segundo del art. 1056 del Cc como luego expondremos.

El fundador de la empresa familiar puede proceder a la disposición de la empresa incorporando gradualmente a sus sucesores con anterioridad a su fallecimiento, o transmitiendo la totalidad de la empresa de una sola vez en vida o, bien, posponiendo la sucesión hasta el momento de su muerte. Nosotros vamos a referirnos aquí a este último supuesto, y teniendo en cuenta que en nuestro Ordenamiento Jurídico existen normas que regulan la sucesión (legislación común y foral), dependiendo de cuál sea la vecindad civil del fundador y causante de la herencia; ante esta duplicidad normas sucesorias este trabajo estará basado en la legislación prevista en nuestro Código Civil. Vamos pues a tratar un tema de suma importancia para la supervivencia de la empresa familiar por cuanto las estadísticas ponen de manifiesto que el 70% de los negocios familiares desaparecen después de la muerte del fundador y que sólo entre un 9 y un 15% consiguen llegar a la tercera generación, según el Instituto de la Empresa Familiar.

Sin duda, la forma más importante de sucesión de los bienes que forman parte de la herencia se realiza mediante el otorgamiento de un testamento. El art. 667 del Cc define el testamento como el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos. No obstante, debemos también señalar que dicha definición es ciertamente incompleta por cuanto la norma permite el otorgamiento de testamento con un contenido que nada tiene que ver con la disposición de bienes por parte del testador. Así, por ejemplo, mediante testamento se puede reconocer a un hijo como indica el art. 124 del Cc o designar beneficiario en el contrato de seguro de personas en los términos que indica el art. 84 de la LCS, y todo ello al margen del contenido del art. 747 del Cc, donde se establecen unas normas determinativas e interpretativas para facilitar el cumplimiento de la voluntad del testador.

Son características del testamento las siguientes: la unilateralidad, por cuanto su otorgamiento depende de la voluntad de una sola persona; la exclusividad, puesto que se trata de un acto personalísimo y la decisión y el contenido no puede encargarse a un mandatario o representante; la irreceptibilidad, ya que no se precisa para su otorgamiento que sea conocido por terceras personas; la solemnidad, porque para su validez se requiere el cumplimiento de ciertas formalidades legales que, si no se cumplen, hace que el testamento sea nulo; y la revocabilidad, en el sentido de que puede ser cambiado por el testador cuantas veces lo desee.

Desde luego, si se cumplen los requisitos legales exigidos, especialmente en cuanto a los derechos legítimos de los herederos, mediante el testamento se puede transmitir una

empresa familiar a través de diversos mecanismos. Así, por ejemplo: estableciendo un usufructo universal de la herencia a favor del cónyuge supérstite (arts. 834 y siguientes del Cc); disponiendo el testador que al realizarse la partición se adjudique la empresa familiar a uno o varios herederos determinados, como dispone el art. 1056 del Cc; mejorando a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes de tal forma que se garantice así la continuidad de la empresa familiar (art. 831 del Cc); mediante las sustituciones fideicomisarias, en virtud de las cuales se encarga al heredero que conserve o trasmita a un tercero la empresa familiar, tal como se deriva del art. 781 del Cc; o, en último lugar, instituyendo un legado y acordando la transmisión de la empresa familia de acuerdo con los arts. 858 y siguientes de la misma norma jurídica.

2.2. Situación actual en nuestro Código Civil (art. 1056)

Dentro de las posibilidades que ofrece la norma para la sucesión de la empresa familiar destaca, por su importancia y relativa novedad, el supuesto previsto en el art. 1056 del Cc, reformado por la Ley 7/2003. El legislador ha dado un paso al frente en favor de la libertad de testar sobre la transmisión de una empresa familiar, tratando de solucionar las dificultades derivadas de las legítimas de los herederos forzosos y la necesidad de respetarlas.

El precepto establece que “cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos. El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844”.

Además, debemos también recordar que la Ley 7/3003 modificó asimismo el párrafo segundo del art. 1271 del Cc, donde se dice que “sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, en orden a la sucesión en la empresa familiar, conforme al artículo 1056 párrafo segundo”.

Por lo tanto, de acuerdo con lo indicado en dichos preceptos, el legislador permite al testador la posibilidad de atribuir la empresa familiar a aquel o aquellos miembros de la unidad familiar que considere más capacitados para regir la empresa, imponiendo a aquel heredero que no respete tal decisión la sanción de ver reducida su participación en la herencia a la legítima estricta. Es decir, el legislador autoriza al testador o al contador partidor expresamente autorizado para ello, adjudicar la empresa familiar a aquel

heredero a quien considere más adecuado para defender en el futuro los intereses de la explotación.

La redacción del art. 1056 del Cc ha dado lugar a no pocas interpretaciones contradictorias en cuanto a si es posible que el fundador atribuya la empresa a un tercero ajeno a la familia, de igual manera que no impone que el testador tenga que ser siempre el padre y que el heredero adjudicatario sea siempre un hijo, al utilizar la norma los vocablos de testador y de interesados. Así las cosas, para un sector doctrinal es perfectamente posible que, si el testador lo considera conveniente, incluso la empresa familiar puede adjudicarla a una persona no perteneciente al ámbito familiar, por supuesto siempre que asuma la obligación de responder con dinero la satisfacción de la legítima a los herederos forzosos, por cuanto la legítima es sólo un derecho de crédito. En cambio, para otros autores es preciso que la transmisión del negocio familiar se haga a favor de un heredero, tal como señala la Profesora Parra Lucán (2008). Nosotros, interpretando la norma conforme a los principios que inspiran la empresa familiar, consideramos que ambas posturas no son totalmente ciertas y, por lo tanto, son parcialmente erróneas, siendo partidarios de una postura ecléctica. A nuestro juicio, aceptar sin ningún requisito la primera interpretación significaría la pérdida de una de las características más importantes de la explotación familiar, cual es la de la incorporación de nuevas generaciones futuras, razón por la que siendo, a nuestro entender, posible que el testador designe a un sucesor en la empresa familiar ajeno a su círculo de familiares, siempre será necesario que la familia tenga una importante participación o ejerza un control sobre la misma o, al menos, algún miembro de la familia participe en la gestión de la empresa, para que así sean compatibles el interés de la familia y también la conservación de la misma.

Otra de las novedades más importantes de la reforma comentada se refiere al pago de la legítima en metálico a los herederos forzosos. Se desprende del art. 1056 del Cc que no es necesario que en el caudal hereditario existan bienes suficientes para el pago en metálico de la legítima, por cuanto se permite satisfacer su importe con dinero extrahereditario y que el testador o contador por él designado puedan aplazar el pago, siempre que no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador. Es más, el legislador establece también la posibilidad de que el pago se realice por cualquier otro medio de extinción de las obligaciones, en la forma que indican los arts. 1157 del Cc. Sin embargo, si no se hubiese establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir el pago de su legítima en bienes de la herencia, sin que ello requiera aprobación judicial (art. 843 del Cc), ni que sea preciso hacérselo saber a quienes resulten ser los futuros perceptores del pago en metálico de la legítima, en el plazo de un año de caducidad que establece el art. 844 de la misma norma jurídica.

Es preciso también hacer una referencia, siquiera sea breve, al contenido de los arts. 841 y 842 del Cc, donde se dice que el testador o el contador partidario autorizado podrá adjudicar todos los bienes hereditarios, o parte de ellos, a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios y que, cualquiera de los hijos y descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que se satisfaga en bienes de la herencia. Estos preceptos fueron reformados por la Ley 11/1981 y, desde entonces, el

legislador permite al testador o al contador partidor autorizado a que cuando existan varios hijos o descendientes, prueba de ello es que en caso contrario no tendría ningún sentido el pago en metálico a los demás legitimarios, pueda adjudicar todos o parte de los bienes de la herencia a alguno de los hijos o descendientes. Y ello con independencia de que los bienes puedan o no ser divisibles y con el único límite de que se respete la porción hereditaria de los demás legitimarios, estando obligados los herederos adjudicatarios a cumplir con la voluntad del testador recibiendo los bienes que les han sido adjudicados puesto que, de lo contrario, se deben someter a las reglas comunes que el Código Civil establece para las particiones.

Un examen del contenido actual del art. 1056 del Cc y los preceptos antes indicados, introducidos por la Ley 11/1981, nos conduce a las siguientes conclusiones:

- a) la facultad que el art. 841 del Cc concede al testador de adjudicar los bienes hereditarios no exige la existencia de una empresa, sociedad o explotación familiar, requisito que sí es necesario en el supuesto contemplado en el art. 1056 del Cc;
- b) mientras que según dispone el art. 842 del Cc los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria pueden exigir el pago en bienes de la herencia, en el art. 1056 del Cc los adjudicatarios de la empresa pueden incluso satisfacer la legítima con bienes que no forman parte del caudal hereditaria, sin que los herederos legitimarios puedan oponerse a ello;
- c) el pago de la legítima que impone el art. 841 del Cc es inmediato y, sin embargo, el art. 1056 permite el pago diferido al establecer la posibilidad de aplazamiento siempre que no supere el de cinco años desde el fallecimiento del testador;
- d) así como el art. 841 del Cc no establece ningún requisito previo o finalidad en la decisión del testador para la adjudicación de los bienes, el art. 1056 del Cc impone que se realice en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia y para preservar indivisa la explotación económica; y
- e) el art. 841 del Cc impone la obligación de que el adjudicatario sea hijo o descendiente del testador, cuando el art. 1056 del Cc permite que se adjudique la empresa familiar a cualquier interesado, en los términos anteriormente indicados.

2.3. Facultades de mejora a hijos o descendientes

Resulta interesante, a los efectos que nos ocupan, hacer una breve mención al supuesto previsto en el art. 831 del Cc, reformado por la Ley 41/2003, que contempla la posibilidad de adjudicar a favor de hijos o descendientes una empresa familiar a través de una especie de fiducia sucesoria. Dice así:

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que pendan las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes solo al cónyuge que ejercite las facultades.

4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.

5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí”.

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, pretendió proteger el patrimonio de las personas con discapacidad pero, al mismo tiempo, modificó algunos artículos del CC relativos al derecho sucesorio sin que se vea en ellos beneficio alguno para los incapaces. Según se afirma en la Exposición de Motivos del Proyecto de la citada Ley de Protección del Patrimonio de las personas con discapacidad, se reforma el artículo 831 del CC al objeto de introducir una figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad, concediéndose al testador la posibilidad de conferir al cónyuge sobreviviente la facultad de mejorar y distribuir la herencia del difunto entre los hijos y

descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los hijos o descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior, en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual de las personas con discapacidad. Tal facultad pueden concedérsela, además, los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí. El precepto, por lo tanto, puede ser utilizado por cualquier matrimonio o pareja con descendencia común, tengan o no algún descendiente incapacitado, concediéndose por el testador a su cónyuge o pareja la posibilidad de realizar mejoras a favor de hijos o descendientes comunes, que pueden suponer la adjudicación de empresas familiares, debiendo siempre respetar las legítimas estrictas de los descendientes. En todo caso, el intento inicial del legislador de posponer el momento de la partición, no ha sido logrado en su totalidad, por cuanto si bien el testador puede señalar plazo para el ejercicio de la facultad de mejorar y distribuir, lo cierto es que, no habiéndose señalado plazo, el cónyuge sobreviviente tan sólo dispone de dos años para ejecutar la facultad conferida.

Básicamente, este precepto jurídico debe contemplarse desde la perspectiva de un patrimonio familiar y con él se pretende que el cónyuge del testador pueda mejorar a hijos o descendientes comunes mediante adjudicaciones de bienes concretos, por lo que bien puede tratarse de una empresa familiar, pudiendo así corregirse las ulteriores diferencias de fortuna o de otras circunstancias entre los hijos o descendientes, con la medida humanitaria y equitativa que supone la mejora a los que resulten más necesitados y mantener sin dividir dentro de la familia una explotación familiar.

Estamos pues hablando de la existencia de una especie de pacto sucesorio entre los cónyuges o de una delegación de la facultad de disponer *mortis causa*, concediéndose por el testador a su cónyuge la facultad de distribuir la herencia de forma semejante a la que tendría el propio causante.

En conclusión, el precepto que comentamos puede ser contemplado como una excepción a diversos mandatos del Código Civil: al art. 670, que deniega la posibilidad de dejar la formación de un testamento en todo o en parte al arbitrio de un tercero o de hacerlo por medio de comisario o mandatario; la de dejar al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios y la de determinar las porciones en que hayan de suceder los instituidos nominalmente; al art. 830 que prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar; al art. 1057 que sólo permite al testador encomendar, por acto *inter vivos* o *mortis causa*, la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos; y a los arts. 658 y 1271 que prohíben celebrar contratos sobre la herencia futura.

En conclusión nosotros consideramos que, dentro de la finalidades del precepto que comentamos, pueden perfectamente incluirse objetivos propios de una fiducia sucesoria, como son los de servir a la preservación de la integridad del patrimonio familiar, evitando su dispersión con el nombramiento de uno o de varios hijos o descendientes, tratar de favorecer su mejor elección posibilitando el aplazamiento de la designación al momento más adecuado, tratando de evitar así designaciones prematuras e inconvenientes que puedan darse con la división y para que no quiebre la unidad de la explotación familiar.

2.4. Los pactos sucesorios

Para el Magistrado Zubiri de Salinas (2008), citando al Profesor Lacruz Verdejo, los pactos sucesorios son la ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del instituyente queda vinculada a otra, del instituido o de un tercero, de forma que la disposición no puede revocarse por acto unilateral del causante.

Son pues las notas más importantes que caracterizan la naturaleza jurídica de los pactos sucesorios las siguientes: en primer lugar se trata de actos bilaterales y no como el testamento, que es acto individual del testador. Y, en segundo lugar, son actos irrevocables frente a la libre revocabilidad del testamento, por supuesto con independencia de que concurra la mutua voluntad de las partes que celebraron el contrato sucesorio.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, como norma general, se prohíbe la sucesión contractual tal como dice el art. 1271 del Cc, según el cual, "sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el art. 1056". Por otro lado, son varios los preceptos del Cc de los que se deriva tal prohibición. Así, el art. 568, donde se dice que la sucesión se difiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento o por disposición de la ley, lo que evidencia la exclusión de la sucesión contractual. En la misma línea, el art. 816, que proclama la nulidad de toda renuncia o transacción sobre la legítima futura. Y la misma orientación sigue el art. 991, que establece que no se podrá aceptar ni repudiar la herencia sin estar cierto de la muerte del causante a quien se haya de heredar y de su derecho a la herencia.

No obstante, son varios los ejemplos contractuales permitidos en nuestra legislación que tienen verdaderos efectos *mortis causa*, como la donación de bienes futuros para caso de muerte realizada entre los cónyuges en capitulaciones matrimoniales; contratos de compraventa que suelen celebrarse como anticipatorios de efectos sucesorios; contratos de renta vitalicia o de alimentos vitalicios o el contrato de seguro de vida para caso de muerte.

Los pactos sucesorios traen causa de las legislación es germánicas, como medio para resolver y ordenar los conflictos intersubjetivos que pudieran surgir en la sucesión de las personas. En cambio, su rechazo fue total para el Derecho Romano, sin duda como medio de intentar proteger al causante frente a sucesores no leales. Así, mientras que el Código Civil español, francés o italiano prohíben los contratos sucesorios, el Código Civil suizo o austriaco los permiten. Curiosamente en España existen diversas legislaciones autonómicas que sí permiten la existencia de pactos sucesorios, como Aragón, Cataluña, Islas Baleares y Navarra.

Como ya antes hemos indicado, en el derecho común español se podrá pactar sobre una empresa familiar que constituya una herencia futura, pero siempre y cuando se estipule dentro de lo permitido en el Código Civil, muy especialmente en lo relativo al respeto de la legítima de los herederos forzosos, pudiendo realizarse entre vivos la división y la

partición de la explotación familiar sin variar ni la identidad de los llamados, ni el concepto por el que lo fueron, ni tampoco las atribuciones realizadas por el testador.

3. Conclusiones

Conforme a lo que hemos indicado, resulta evidente y se ha de resaltar la gran importancia que para el futuro de la empresa familiar tiene tanto la utilización de medios útiles para su gestión, como para la planificación de la sucesión.

En nuestro Ordenamiento Jurídico existen numerosas limitaciones legales que hacen muy difícil pactar la sucesión de una explotación familiar, por lo que sería conveniente que el legislador estuviese abierto para la realización de modificaciones legislativas que permitiesen la sucesión de la empresa al miembro de la familia mejor preparado, autorizando pactos sobre la herencia futura y que los cónyuges titulares de la empresa familiar pudiesen otorgar testamento de forma conjunta.

Por supuesto, no nos estamos refiriendo a que se establezca en la norma una libertad total de las personas para decidir sobre la sucesión de sus bienes por cuanto, consideramos, que el establecimiento de un régimen de legítimas a favor de los herederos forzosos del causante, es una forma más de protección de la familia que se ajusta al contenido de los arts. 33 y 39 de la CE, donde se reconoce el derecho a la herencia y la protección social, económica y jurídica de la familia. Lo que queremos poner de relieve es lo conveniente que sería para una empresa familiar el hecho de que su titular pudiese tener libertad para realizar pactos sucesorios que permitiesen y favoreciesen la continuidad de la misma, sin perjuicio de los derechos legítimos que pudiesen corresponder a los herederos forzosos.

Creemos no faltar a la verdad si indicamos que la mayor parte de los titulares o fundadores de una empresa familiar pretenden, por un lado, conservar su explotación y, por otro, no perjudicar a sus hijos o descendientes. No obstante, no hay que olvidar que la experiencia es reveladora de que si no diseñan adecuadamente la sucesión de la empresa, a su fallecimiento, estará abocada a la desaparición, siendo una de las causas más importantes de la desaparición de empresas, sobre todo de pequeñas y medianas, la necesidad legal de tener que transmitir la explotación a los hijos en aplicación de los derechos legitimarios. Por esta razón, el legislador debería establecer mecanismos para flexibilizar el sistema de legítimas y, de esa forma, permitir la designación de un sucesor que quiera y que esté mejor preparado para la continuación de la misma, tratando de buscar una justa compensación entre el interés de mantener la supervivencia de la empresa y los derechos de los legitimarios, sobre todo en aquellas explotaciones familiares que, por su escasa capacidad económica, no pueden subsistir si tienen que ser explotadas por varias personas. Efectivamente, si en el caudal hereditario existen bienes suficientes para pagar la legítima a los herederos forzosos no habrá problemas, pero sí cuando es el adjudicatario quien debe correr con sus bienes privativos con la satisfacción de la misma.

En conclusión, nuestra legislación es perjudicial para el desarrollo y la continuación de la empresa familiar por el juego del sistema de legítimas, por lo que se debería conceder al fundador de la explotación una mayor libertad para disponer de la misma en su herencia y para designar como sucesor a la persona o personas más y mejor preparadas, con la posibilidad de que se eligiese a una persona miembro de la familia, ya sea matrimonial o extramatrimonial o ya esté integrada por hombres y mujeres o por solo hombres o solo mujeres o, incluso, designando a un tercero ajeno al ámbito familiar.

La actual reforma del art. 1056 del Cc permitiendo el pago de la legítima en metálico al sucesor a quien el testador haya atribuido la explotación de la empresa familiar, con dinero extrahereditario y en un plazo de cinco años ha supuesto, en este sentido, un claro avance. No obstante, resulta insuficiente para el mantenimiento y la conservación de muchas empresas familiares, concretamente para que el fundador planifique la sucesión de su explotación o para vencer resistencias de familiares a abandonar sus puestos en un momento determinado que convenga a la empresa; para poder incorporar nuevos gestores no familiares a la dirección de la explotación; para solventar posibles conflictos financieros derivados del cambio generacional o, en definitiva, para garantizar que el sucesor de la empresa sea el mejor y el más competente gestor o administrador, aunque no forme parte de su ámbito familiar.

4. Bibliografía

Bernaldo de Quirós, M. (1991). *Comentarios del Código Civil*, pp. 645 y ss.

Gallo, M.A. (1998). "La sucesión de la empresa familiar", *Colección de Estudios de Informes de la Caixa*, p.7.

García Urbano, J.M^a (1991). *Comentarios del Código Civil*, p. 797.

Informe de la Comisión Especial del Senado para el Estudio Jurídico de la Empresa Familiar (2001), *BOCE, Senado*, 23 de noviembre de 2001.

Parra Lucán, M^aA. (2008). "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *Manuales de Formación Continuada del CGPJ* pp. 487 y ss. y 566.

Reyes López, M^aJ. (2005). El patrimonio familiar, profesional y empresarial y sus protocolos, pp. 110 a 115.

Vázquez Iruzubieta, C. (1997). *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, páginas 2120 y ss.

Zubiri de Salinas, F. (2008). "Instrumentos de Ordenación de la Sucesión de Ordenación de la Sucesión por Causa de Muerte", *Manuales de Formación Continuada del CGPJ*, p. 197.

REFLEXIONES SOBRE EL REAL DECRETO ESPAÑOL 171/2007, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE REGULA LA PUBLICIDAD DE LOS PROTOCOLOS FAMILIARES EN LAS SOCIEDADES FAMILIARES

M^a Angustias Díaz Gómez¹
madiag@unileon.es

Elicio Díaz Gómez
ediag@unileon.es

Universidad de León

fecha de recepción: 29/03/2011
fecha de aceptación: 02/05/2011

Resumen

El objeto de este trabajo es analizar el Protocolo Familiar, estudiando su concepto, naturaleza jurídica y eficacia, su contenido, publicidad y desarrollo. El protocolo familiar es un instrumento jurídico que pretende organizar la relación entre la familia y la empresa, separando ambas realidades y, especialmente, trata de planificar adecuadamente la sucesión de la empresa familiar. Se trata de reflexionar sobre el Real Decreto español 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las Sociedades Familiares.

Palabras clave: Empresa familiar; Protocolo Familiar; Concepto y eficacia; Contenido, publicidad y desarrollo del protocolo familiar.

Abstract

The object of this work is to analyze the Family Protocol, studying his concept, juridical nature and effectiveness, his content, advertising and development. The family protocol is a legal instrument that, intends to organize the interaction between a family and their family-owned

¹ M^a Angustias Díaz Gómez. Catedrática de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho, Campus de Vegazana, s/n, 24071-León (España). Elicio Díaz Gómez. Abogado y Profesor Asociado. Facultad de Derecho, Campus de Vegazana, s/n, 24071-León (España).

business, separating both realities and, specially, it tries to plan adequately the succession of the family business. It is a question of thinking about the Spanish Royal decree 171/2007, of February 9rd, by which there is regulated the advertising of the family protocols in the Familiar Companies.

Keywords: Family business; Family protocol: concept and effectiveness; Contents, advertising and development of the family protocol.

1. Introducción

La empresa familiar desempeña un papel crucial en la economía española y mundial. Basta repasar los datos estadísticos que ofrecen entidades, organismos e instituciones nacionales e internacionales para comprobarlo. A título indicativo, la *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar* editada por la Dirección General de Política de la PYME, del Ministerio de Economía pone de relieve que "en los países de economía libre las empresas de socios familiares constituyen el entramado básico de la actividad y son los principales agentes de creación de riqueza. En España, el número de empresas familiares con las características anteriormente definidas supera los dos millones, generando entre un 65% y un 70% del Producto Interior Bruto (PIB) y, aproximadamente, el 75% del empleo, con cerca de nueve millones de trabajadores, de los cuales más de un millón y medio son autónomos".

El análisis de la empresa familiar puede acometerse desde distintas vertientes, habida cuenta que es una realidad multidisciplinar, de interés y con implicaciones en el aspecto social, económico, jurídico, etc. De todas estas realidades, dos poseen especial importancia: el aspecto económico y el jurídico.

Desde el punto de vista económico, la empresa familiar es, sobre todo una empresa, formada por capital y trabajo, debidamente organizados por el empresario, y dirigida a producir o distribuir bienes y servicios en el mercado. El carácter familiar de la empresa imprime un matiz diferencial respecto a las demás empresas; carácter al que inmediatamente nos referiremos. Como reconoce la *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*², se trata de empresas que propician un empleo estable, en las que los trabajadores gozan de unas relaciones laborales en las que prima el afecto y la confianza; en las que la consideración de familiar suele dotar a los productos y servicios de un valor añadido reconocido por el público; y en las que se transmiten los valores éticos de una a otra generación. Se trata de empresas que, además de generar un alto porcentaje de empleo, contribuyen a crear una sociedad más justa, potenciando diversos valores como la igualdad de oportunidades, la conciliación de la vida familiar y laboral, amén de propiciar conductas como el esfuerzo o la responsabilidad.

² Publicada en el 2003 por el Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía (disponible en http://www.laempresafamiliar.com/media/upload/pdf/empresa_familiar_guia.pdf).

Desde el punto de vista jurídico, la empresa familiar es una realidad que no es ajena a las normas que conforman los distintos sectores del Ordenamiento Jurídico. Así, por ejemplo, la legislación fiscal, laboral, civil, administrativa, mercantil, entre otras, regulan materias que pueden resultar aplicables, al menos parcialmente, a la empresa familiar.

Siendo extraordinariamente destacado el papel que cumple la empresa familiar, resulta sorprendente que no exista una regulación específica de las mismas ni en Derecho español ni en el comunitario. Es cierto que, a nivel comunitario, se ha trabajado en esa dirección, con éxito sólo parcial. Así, es conocido el *Borrador de Propuesta de Directiva sobre armonización de disposiciones legales en materia de Sociedad Familiar* (Vicent Chuliá, 2002); Roca Junyent, 2005; citando a Corona, 2004), que no llegó a aprobarse como Directiva. La Comisión Europea ha realizado un gran esfuerzo, plasmado en una serie de actuaciones conducentes a propiciar la creación de empresas familiares, sobre todo pequeñas y medianas³.

En España se constituyó en octubre de 2000⁴ una *Ponencia de Estudio sobre la problemática de la empresa familiar* dentro de la Comisión de Hacienda del Senado, fruto de la cual fue el «*Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar*» de 12 de noviembre de 2001⁵. Aparte de otras cuestiones, en el Informe se recogían las características de la empresa familiar y determinadas Recomendaciones.

A juicio de la Ponencia es característico de las Empresas Familiares “que una familia... tenga una participación importante, que normalmente es la mayoría del capital; que en base a dicha participación la familia pueda ejercer el control de la empresa; que la familia participe en la gestión de la empresa, ocupando normalmente para el supuesto de empresas societarias la totalidad o la mayoría en el Consejo de administración; que exista, por parte de la familia, una voluntad de continuidad en el proyecto familiar,

³ Vid. la Recomendación 94/1069/CE, de 7 de diciembre de 1994, «sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas» (DO L 385 de 31.12.1994 p. 14), disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994H1069:ES:NOT>. Pueden citarse también, entre otras, la Comunicación de la Comisión de 28 de marzo de 1998; la *Carta Europea de la Pequeña Empresa*, adoptada en Feira en 2000 (disponible en http://www.europarl.europa.eu/summits/fei1_es.htm); el Informe Final del Grupo de Expertos sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas de mayo de 2002; la Comunicación de la Comisión de 11 de febrero de 2004, al Consejo del Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Programa Europeo a favor del espíritu empresarial»; los programas de la Unión Europea en apoyo de las PYME para el periodo 2007-2013; la Comunicación de la Comisión al Consejo del Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones COM(2011) 78 final de 23.2.2011 «Review of the "Small Business Act" for Europe y otras actuaciones que pueden verse en <http://eur-lex.europa.eu>. Vid. Roca Junyent (2005).

⁴ Registrado el 11 de Octubre de 2000, http://www.senado.es/legis7/expedientes/index_543000005.html

⁵ BOCG Senado, Serie I, núm. 312, de 23 de noviembre de 2001. Véase QUIJANO GONZÁLEZ (2002).

incorporando en la propiedad y/o en la gestión o dirección, a las siguientes generaciones de la familia”⁶.

Entre las Recomendaciones efectuadas merece ser destacada, en el tema que nos ocupa, la formalización por las empresas familiares de un Protocolo Familiar, entendido como el acuerdo-marco que viene a delimitar el desarrollo de la empresa familiar, las reglas de actuación y las relaciones entre la empresa familiar y su propiedad.

Haciéndose eco de esta Recomendación, la disposición final segunda, apartado 3 de la Ley 7/2003, de 1 de abril, *de la sociedad limitada nueva empresa* declara que «reglamentariamente se establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al Registro Mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción».

Pues bien, para dar cumplimiento a esta Recomendación se aprobó el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, *por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares*. El objeto de este trabajo es abordar precisamente el estudio del Protocolo Familiar, analizando su concepto, naturaleza jurídica y eficacia, su contenido, publicidad y desarrollo, todo ello tomando como punto de partida el Real Decreto 171/2007.

2. Ámbito de aplicación y concepto de Protocolo Familiar

El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, establece un ámbito de aplicación del Protocolo Familiar y avanza un concepto del mismo que viene a resumir sus características fundamentales.

2.1. Ámbito de aplicación del Protocolo Familiar

El Preámbulo del Real Decreto 171/2007 parte de la premisa de que este Protocolo Familiar se aplica a las Sociedades Familiares. A tal fin, delimita lo que entiende por Sociedad Familiar “a los efectos de este Real Decreto”, expresando que “será familiar una sociedad de personas o capital en la que existe un protocolo que pretende su publicidad”.

Conforme al art. 1 del Real Decreto la normativa contenida en el mismo sobre Protocolo Familiar se aplica únicamente a las Sociedades Familiares mercantiles no admitidas a cotización. De esta suerte, las Sociedades Familiares cotizadas quedarían excluidas del ámbito de aplicación del Real Decreto.

⁶ Sobre el concepto y características de la empresa familiar, *vid.* en la doctrina, por todos, VICENT CHULIÁ (2002 y 2005). Adviértase que el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, que vamos a examinar, considera Sociedades de carácter Familiar “aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí”, según reza su Preámbulo.

A este respecto habría que cuestionarse la razón de esta exclusión, a lo cual cabría responder que quizás el legislador entendió resuelto el tema de la publicidad de los pactos que pudieran incluirse en el Protocolo Familiar mediante lo dispuesto en la Ley 26/2003, de 17 de julio, *por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas*. Esta Ley llevó a cabo una importante modificación de la Ley del Mercado de Valores, añadiendo un nuevo Título, el X, *De las sociedades cotizadas*, cuyo Capítulo II (art. 112) lleva por título *De los pactos parasociales sujetos a publicidad*. Este Capítulo ha sido derogado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (LSC) recogiendo el contenido de dicho Capítulo en los artículos 518 a 523 de este Texto Refundido. Estos pactos parasociales tendrían por objeto la regulación del ejercicio del derecho de voto en las Juntas Generales o la restricción o condicionamiento de la libre transmisibilidad de las acciones u obligaciones convertibles o canjeables de las sociedades anónimas cotizadas (art. 518).

Respecto a las sociedades anónimas cotizadas se establece la obligatoriedad de dar publicidad a los pactos parasociales. A este propósito, el iter procedimental será el siguiente: en primer lugar, la celebración, prórroga o modificación de un pacto parasocial de esta naturaleza deberá ser comunicada inmediatamente a la sociedad y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, acompañando copia de las cláusulas del documento en el que consten las cláusulas que afecten al derecho de voto o a la libre transmisibilidad de las acciones o de las obligaciones convertibles o canjeables. En segundo lugar, realizada la correspondiente comunicación, deberá depositarse en el Registro Mercantil en el que la sociedad esté inscrita el documento en el que conste el pacto parasocial. En tercer lugar, el pacto parasocial deberá publicarse como hecho relevante (art. 519 LSC). Se confiere legitimación para realizar las comunicaciones y el depósito citados a cualquiera de los firmantes del pacto parasocial (art. 520 LSC).

El art. 521 de la LSC establece tajantemente que mientras no se produzcan las comunicaciones, el depósito y la publicación como hecho relevante, no producirá efecto alguno el pacto parasocial celebrado, relativo al ejercicio del derecho de voto o la restricción a la libre transmisibilidad de acciones. Con todo, no debe atribuirse al depósito y publicación de estos pactos unos efectos que desdibujen la naturaleza misma de estos pactos, que no son otra cosa que pactos del de estos pactos no alteran la naturaleza de los mismos, en cuanto son pactos extraestatutarios con efecto interno entre los firmantes de los mismos⁷. Por lo demás, ante el Registro Mercantil lo que se hace es depositar, no inscribir, de modo que no se puede atribuir al depósito los efectos de la inscripción registral.

Esta regla, de la obligación de hacer públicos los pactos parasociales, únicamente tiene una excepción en el art. 523 de la LSC, que prevé la dispensa temporal del deber de

⁷ Así lo viene reconociendo la Jurisprudencia respecto a los distintos pactos parasociales de las diversas sociedades. Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, del 6 de marzo de 2009, Aranzadi, JUR\2009\140200.

publicidad en caso de que “la publicidad pueda ocasionar un grave daño a la sociedad”, siempre que lo soliciten los interesados, y lo acuerde la Comisión Nacional del Mercado de Valores mediante resolución motivada.

Con todo, a efectos de valorar la exclusión legal de la aplicación del Real Decreto 171/2007 a las sociedades cotizadas, debe tenerse en cuenta que la publicidad contemplada en uno y otro supuesto presenta algunos matices diferenciales. Así la publicidad de los pactos parasociales que acabamos de ver se encamina a dar transparencia a la información relevante para el mercado, de manera que el pacto carece de eficacia si no se observa esa obligación de publicidad a la que antes nos referíamos. Por contraste con esta obligación de publicidad de los pactos parasociales en sociedades cotizadas, la publicidad de los Protocolos Familiares disciplinada en el Real Decreto 171/2007 persigue más bien hacer efectiva una “buena práctica de gobierno” de estas Sociedades Familiares, tal como se desprende del art. 6 de este Real Decreto (AA.VV., 2010). Ello podría dar lugar a pensar que una y otra norma contemplan una publicidad con funciones diversas. Amén de lo anterior, como veremos, la obligatoriedad de la publicidad de los pactos parasociales en sociedades cotizadas contrasta con el “carácter estrictamente voluntario” de los Protocolos Familiares, al igual que su publicidad, tal y como expresa el Preámbulo y se desprende del articulado (arts. 1 y 2) del Real Decreto 171/2007.

Al margen de lo anterior, es menester reseñar que el Real Decreto 171/2007 se aplica al Protocolo Familiar formulado tanto en Sociedades Familiares personalistas (Sociedad Colectiva y Comanditaria Simple) como capitalistas (Sociedad Comanditaria por Acciones, Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada).

2.2. Concepto de Protocolo Familiar

Como declara el Preámbulo del Real Decreto 171/2007, las Sociedades Familiares revisten una serie de peculiaridades que no pueden obviarse, debiendo tener en cuenta respecto a ellas “la lícita autorregulación de sus propios intereses especialmente en relación a la sucesión de la empresa familiar, removiendo obstáculos y dotando de instrumentos al operador jurídico”.

En efecto, es cierto que la Sociedad Familiar goza de las ventajas de tener como sustrato unos socios que forman parte de la familia⁸. Se suelen destacar las ventajas competitivas o aspectos positivos que derivan de la imbricación en la Empresa Familiar de dos instituciones, familia y empresa. Especialmente se hace hincapié en el mayor compromiso y dedicación en la Empresa asumido por los socios; en la práctica frecuente de la autofinanciación y reinversión de beneficios, con escaso reparto de dividendos, lo que les permite superar mejor las crisis económicas; una orientación más adecuada hacia el mercado; mayor vinculación con la clientela; una actitud más positiva de los trabajadores (Gomá Lanzón, 2005); mayor compromiso social; una planificación a largo plazo; y una fluidez mayor en la toma de decisiones (Sánchez-Crespo, 2009: 55 y 56).

⁸ Véase GALLO (1995); y GARRIDO DE PALMA (2005).

Pero también es cierto que la Empresa Familiar tiene sus debilidades. Así, entre éstas cabe mencionar, con Sánchez-Crespo (2009: 57 y ss.) su reticencia a acudir a la financiación externa, por temor a perder el control de la empresa; la confusión del patrimonio empresarial y familiar; la elección de una estructura empresarial ineficiente, por estar poco planificada sobre todo en la primera generación, y fiscalmente muy costosa; la gestión poco eficiente, por no estar profesionalizada; y, de una manera especial, por los problemas que plantea, la espinosa cuestión del relevo generacional, por no haber preparado el fundador la sucesión de la empresa. No hay que ignorar que, en muchas ocasiones, el hecho mismo de estar interrelacionadas en una misma sociedad mercantil estas dos realidades, familia y empresa⁹, puede derivar en una serie de conflictos, pudiendo poner en peligro los mismos cimientos de dicha sociedad, arriesgando la conservación de la empresa y la continuidad de la misma Sociedad Familiar, hasta llegar a provocar su derrumbe, como un auténtico castillo de naipes. Es sabido que, mientras la familia está presidida y unida por unos valores y sentimientos de cariño, ayuda mutua y lealtad entre sus miembros, la idea que preside la empresa es la maximización del beneficio¹⁰. No hay que ignorar que las Empresas Familiares constituidas en forma de sociedades mercantiles, además de estar expuestas a los mismos riesgos que cualquier otra empresa, a ellas trascienden –en mayor o menor medida– las distintas situaciones o circunstancias por las que atraviesen los miembros de la familia que sean socios de las Sociedades Familiares, que por lo demás pueden estar reguladas por normas civiles que han de ser tenidas en cuenta. Baste citar como ejemplos los supuestos de matrimonio de alguno de los socios, el divorcio, el fallecimiento, la adopción, etc. (AA.VV., 2010: 840)¹¹.

En un intento de prever situaciones de este tipo que se pueden plantear en las distintas etapas de desarrollo de la Sociedad Familiar y, de manera especial, la sucesión de la Empresa Familiar sin pérdida de este carácter, el legislador consagró en este Real Decreto 171/2007 la posibilidad de suscribir y dar publicidad al Protocolo Familiar. Obviamente las circunstancias y avatares que puedan producirse en la familia que integra y controla la Sociedad Familiar, y que pueden influir en el desarrollo de la actividad empresarial que

⁹ Para un análisis de los problemas de confusión que se producen en la Empresa Familiar, véase FERNÁNDEZ-TRESGUERRES (2002: 89 y 90), quien hace hincapié en la confusión entre empresa y familia; entre empresa y accionariado o propiedad familiar; y entre empresa y gestión familiar.

¹⁰ De la combinación de ambas instituciones, Familia y Empresa, se deriva la necesidad de proteger múltiples intereses de distintas personas. Se suele explicar esta necesidad de protección a partir de la famosa teoría de los tres círculos: Familia, Propiedad y Empresa. Así, podrían identificarse los siguientes interesados: 1. Miembros de la familia que ni son propietarios ni trabajadores de la empresa; 2. Propietarios de la empresa no familiares ni trabajadores de la empresa. 3. Trabajadores y directivos de la empresa no pertenecientes a la familia ni propietarios. 4. Miembros de la familia propietarios, no trabajadores de la empresa. 5. Propietarios no pertenecientes a la familia y que son trabajadores de la empresa. 6. Miembros de la familia no propietarios que sí trabajan en la empresa. 7. Miembros de la familia propietarios y trabajadores de la empresa. Cfr. GERSICK, DAVIS y HAMPTON (1997). Vid. también GOMÁ LANZÓN (2005).

¹¹ Como señala FERNÁNDEZ-TRESGUERRES (2002: 90) “las ventajas e inconvenientes de la empresa familiar son realmente anverso y reverso de la misma moneda (interés en común “versus” interés en conflicto; autoridad reconocida “versus” fracciones divididas; compenetración “versus” odio personal)”.

constituye su objeto, son innumerables, diferentes en cada una de las etapas por las que vaya atravesando, muchas veces impredecibles, plagadas de conflictos difíciles de resolver y en las que el componente emocional juega un papel nada desdeñable. El Protocolo Familiar viene a desempeñar a este respecto un cometido fundamental, al poder prevenir en él y tratar de resolver los eventuales conflictos que puedan plantear los eventos más frecuentes o previsibles que puedan acontecer en la historia de la Sociedad Familiar, derivados de las situaciones que afecten al componente personal de la misma.

El Protocolo Familiar entronca con el *shareholders agreement* contemplado en las Sociedades Familiares de los países de nuestro entorno, especialmente anglosajones¹², en los que, como proclama el Preámbulo del Real Decreto 171/2007, esta cultura del protocolo familiar “se encuentra sancionada en las prácticas económicas y de buen gobierno de las sociedades familiares” considerándose “una garantía adicional para terceros, inversores y acreedores, además de para los propios socios, al dotar de previsibilidad el relevo generacional en la sociedad”.

La doctrina (Vicent Chuliá, 2004: 321) data el comienzo de la aplicación del Protocolo Familiar a partir de 1991, cuando las empresas familiares españolas crearon el Instituto de la Empresa Familiar con el fin de lograr una mejora fiscal y organizativa de la Empresa Familiar.

Con carácter previo al análisis del concepto de Protocolo Familiar que recoge el legislador, conviene realizar algunas precisiones previas respecto al mismo. La primera de ellas es que este instrumento y su regulación, como establece con toda corrección el Preámbulo del Real Decreto 171/2007, no supone una alteración de la configuración de legal de los tipos societarios ni la introducción de especialidades en los mismos, de modo que “no se regulan aspectos estructurales u organizativos de la sociedad familiar ni se establecen los eventuales caracteres de la misma”.

La segunda se refiere a que el Protocolo Familiar es una herramienta de “carácter estrictamente voluntario”, como insiste el Preámbulo del Real Decreto 171/2007. No obliga al legislador a la empresa organizada en forma de Sociedad Familiar a elaborar, suscribir y publicar un Protocolo Familiar. Así las cosas, los miembros de la Sociedad Familiar pueden optar por aprobarlo o no y, en caso de que decidan dotarse de este instrumento, como veremos, pueden decidir darle publicidad, y en qué forma, o no (art. 2.3 del Real Decreto 171/2007). Puntualiza a este respecto la doctrina que el Protocolo Familiar “es un ejercicio de autorregulación” (Sánchez-Crespo, 2009: 63) o “un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar en las áreas que le son trascendentes, las cuales no coinciden necesariamente con las previstas en la normativa societaria” (Fernández-Tresguerres, 2002: 90). Es la familia empresaria la que decide con toda libertad elaborarlo, por la convicción que tiene de que podrá ser útil al acometer el cambio generacional.

¹² VICENT CHULIÁ (2002: 4555) considera al Protocolo Familiar equivalente al *shareholders agreement* de la *Close Corporation* en los EE.UU.

En cuanto al grado de implementación del Protocolo Familiar, si nos ceñimos a las cifras proporcionadas por el Instituto de la Empresa Familiar, que se define como una organización sin ánimo de lucro y ámbito estatal, que agrupa a un centenar de empresas líderes en sus sectores de actividad, con una facturación media por compañía de 1.000 millones de euros, lo que representa de forma agregada el equivalente al 17% del Producto Interior Bruto de España y hasta el 26% si se incluyen las Asociaciones Territoriales de Empresa Familiar vinculadas a esta institución, que engloban a 1.100 compañías, un 45% de las empresas pertenecientes a dicho Instituto disponen de Protocolo Familiar¹³.

La tercera de ellas consiste en que, como también se cuida de advertir el Preámbulo del Real Decreto 171/2007, en la conformación del Protocolo Familiar se deja un amplísimo espacio a la libre autonomía de la voluntad, dejando conscientemente sin regular el Real Decreto los aspectos subjetivo, objetivo y formal del protocolo, así como su contenido, con el fin de que sean las partes que suscriben el Protocolo las que perfilen sus contornos y lo configuren libremente, adaptándolo a las particulares necesidades de la concreta Sociedad Familiar. Y ello, como manifiesta el mismo Preámbulo, "sin más límites que los establecidos, con carácter general, en el ordenamiento civil y específico, en el societario".

La cuarta consideración hace referencia a que el legislador admite la publicidad de un único protocolo por Sociedad Familiar. En opinión del legislador expresada en el Preámbulo del Real Decreto:

"Se considera que ésta es la fórmula que mejor garantiza la seguridad jurídica que debe presidir la publicidad que ofrece el Registro Mercantil, en aras a la certeza de los operadores y ciudadanos sobre el marco regulatorio de la entidad".

En la misma línea, el art. 2.2 del Real Decreto establece:

"La sociedad sólo podrá publicar un único protocolo, suscrito por sus socios, si bien el mismo puede ser objeto de diversas formas de publicidad. En el supuesto de que el protocolo familiar afecte a varias sociedades, cada una de ellas podrá publicarlo en la parte que le concierna. Publicada la existencia de un protocolo no podrá reflejarse en el Registro Mercantil la constancia de otro diferente si no se expresare en la solicitud que el que pretende su acceso al registro, es una modificación o sustitución del publicado".

Conforme a esta norma queda claro que sólo se podrá dar publicidad a un único Protocolo, si bien las cláusulas que lo integran pueden publicarse de distintas formas. Puede ocurrir además que el ámbito subjetivo del Protocolo no se ciña a una única Sociedad Familiar, sino que abarque a distintas Sociedades Familiares, que bien pudieran constituir un Grupo Empresarial. En tal caso consiente el legislador que cada Sociedad Familiar publique el Protocolo en aquella parte que le afecte.

Naturalmente el Protocolo es un documento vivo, un documento abierto sujeto a revisiones periódicas que reflejen la propia evolución personal y profesional de los

¹³ Disponible en http://www.iefamiliar.com/web/es/cifras_ief.html.

miembros de la Sociedad Familiar y las circunstancias de la empresa en sus distintas fases de desarrollo.

Como puntualiza la *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*:

“Además, con el fin de adaptarlo a los cambios tanto familiares como empresariales que se vayan produciendo a lo largo de los años, es conveniente revisarlo periódicamente para mantener así su vigencia. Por lo tanto, un PF ha de tener, de un lado, la vocación de permanencia en el tiempo y, de otro, el compromiso de revisarlo periódicamente”.

Lejos de considerarse un documento definitivamente cerrado e inmutable, la propia trayectoria vital de la empresa aconseja en muchos casos realizar modificaciones pactadas del Protocolo. Ahora bien, como señala el legislador, no podrán convivir publicados en el Registro Mercantil dos Protocolos. Sólo podrá dejarse constancia en el Registro de un segundo Protocolo a título de modificación o sustitución del publicado, de modo que a partir del acceso del segundo éste será el que tenga virtualidad.

La admisión legal de la publicidad de un único Protocolo Familiar se justifica en el Preámbulo en razones de seguridad jurídica, entendiendo que así queda mejor protegido el interés de quienes se relacionan con la sociedad de conocer cuáles son las reglas, en este caso negociadas por los miembros de la sociedad, por las que se rige la sociedad.

Con todo, esa previsión legal de la publicidad de un único Protocolo Familiar ha suscitado críticas en la doctrina (AA.VV., 2010: 840). Se señala, a este respecto, que no se alcanza a entender por qué en una sociedad plurifamiliar no se admite la publicidad de más de un pacto parasocial. Y esta misma doctrina añade que tampoco se comprende por qué en una sociedad no puede simultanearse la existencia de un Protocolo Familiar de defensa con un pacto parasocial de control suscrito por accionistas ajenos a la familia (AA.VV., 2010: 840).

La doctrina¹⁴, antes del Real Decreto 171/2007 había venido ensayando una definición del Protocolo Familiar, hasta que en la actualidad el mismo Preámbulo del Real Decreto 171/2007 formula una definición de Protocolo Familiar, que se reitera en el art. 2.1 de dicho texto legal, en estos términos:

“A los efectos de este real decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”.

¹⁴ Así, entre otros, RODRÍGUEZ APARICIO (2004: 295), que recoge esta definición de Protocolo Familiar: “un acuerdo entre accionistas familiares titulares de bienes o derechos que desean gestionar de manera unitaria y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la Familia y la Empresa o el Patrimonio”.

Como observación preliminar, antes de entrar a examinar el concepto legal de Protocolo Familiar, cabe reseñar que la redacción utilizada no es precisamente un ejemplo a seguir, pues ni gramaticalmente es paradigma de corrección, ni conceptualmente es suficientemente expresiva de la idea que se quiere destacar, que no es otra que el concepto de Protocolo Familiar. Con todo, como se apresura el legislador en aclarar, se trata de un concepto recogido a los efectos de este Real Decreto, para dar idea del sentido del Protocolo, sin entrar en mayores precisiones técnicas.

Las notas constitutivas del concepto legal de Protocolo Familiar son las siguientes: en primer lugar, se trata de un conjunto de pactos firmados por los miembros de la familia que sean socios o con terceros con los que guardan vínculos familiares.

Se suele calificar este Protocolo como un acuerdo marco entre los miembros de la familia¹⁵, cuya naturaleza jurídica se expondrá más adelante. Se trata de un acuerdo que, como bien dice el legislador puede incluir múltiples pactos. Ha de ser otorgado y suscrito por todos los socios familiares de la Sociedad Familiar.

Además el legislador prevé, con buen criterio, la posibilidad de que lo firmen también personas que no siendo socios tengan vínculos familiares que afectan a la Sociedad en cuestión (AA.VV., 2010: 806). Con esta última referencia parece estar pensando el legislador en aquellas personas que perteneciendo a la familia todavía no sean socios y que, aunque no trabajen en ella, previsiblemente vayan a serlo en el futuro, siempre que sean mayores de edad (así los hijos del fundador o de los socios de la Sociedad Familiar). También parece necesario que lo suscriban y participen en su formulación los miembros de la familia que trabajen en ella, aunque no sean socios (Sánchez-Crespo, 2009: 66). De esta forma, como subraya este autor, “estaremos involucrando y concienciando desde el primer momento no sólo a los socios actuales sino también a los futuros, es decir, a los miembros de la siguiente generación que, previsiblemente vayan a ser socios de la empresa”.

En segundo lugar, como indica el legislador la finalidad pretendida con el Protocolo Familiar es “lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”. En la misma dirección, la *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar* expresa que el Protocolo Familiar está dirigido a regular, de una parte las relaciones económicas y profesionales entre los miembros de la familia socios de la empresa y ésta; y, de otra, la gestión y organización de la empresa; regulación que pretende asegurar la continuidad de la empresa de una manera eficaz¹⁶.

¹⁵ Véase la *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, que añade que “el Protocolo Familiar debe ser un instrumento vivo, que sirva de norma para guiar las actuaciones familiares en la empresa y que, a su vez, sea capaz de contribuir a la solución de las eventuales incidencias que se produzcan en el seno de la familia, y que estén relacionadas con la unidad productiva”.

¹⁶ Así, la *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*. Como señala FERNÁNDEZ-TRESGUERRES (2002: 90) “ha de prevalecer el principio de *conservación de la empresa*, idea que ha de latir en el Protocolo Familiar”. Recuerda que “el paso de las generaciones exige esfuerzos de adaptación y cuando el número de los familiares y propietarios crece –o

Habida cuenta la importancia del Protocolo como instrumento de concertación familiar, ha de adoptarse con el consenso de todos los familiares. Sólo así se puede garantizar su eficacia, como reconoce la *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*. La preparación de un Protocolo Familiar se enmarca en un contexto de comunicación y diálogo de la familia empresaria, en el que los pactos y reglas de actuación acordados son compartidos por todos. Con la elaboración del Protocolo Familiar, que suele durar algunos meses, se inicia un proceso de comunicación de la familia empresaria, de gran importancia para la Sociedad Familiar¹⁷. Como aquella *Guía* subraya, el funcionamiento eficaz del Protocolo requerirá que todos los miembros implicados colaboren en su formulación, y todos los debates y discusiones han de ir preparando el terreno para el consenso posterior y el acuerdo que finalmente se adopte. A este respecto destaca atinadamente la doctrina (Sánchez-Crespo, 2009: 66) que “se trata, por tanto, de no votar nunca sobre las cuestiones que se planteen, sino de consensuar siempre las decisiones que se tomen”. Y añade “si alguien discrepa será necesario convencerlo o buscar una fórmula alternativa que sea válida para todos”.

Por lo demás, es muy aconsejable que el Protocolo Familiar se formule y se suscriba cuando no existan tensiones en el seno de la familia empresaria, ni en el aspecto personal ni en el empresarial. Si el Protocolo es un mecanismo de prevención de conflictos futuros, en cuanto establece reglas de actuación ante determinadas situaciones en que se vea inmersa la familia empresaria, que puedan ser fuente de problemas, que el Protocolo trata de evitar, el momento oportuno para redactarlo es precisamente antes de que existan tales fisuras y problemas en la Sociedad Familiar¹⁸. Es por ello por lo que se afirma que el Protocolo Familiar “es un intento de anticipación” (Sánchez-Crespo, 2009: 63). Aquí vale el conocido refrán según el cual “no hay mejor improvisación que una buena preparación”. Sólo si se ha preparado adecuadamente el camino, dotándose de un Protocolo Familiar aprobado con consenso en la Sociedad Familiar, cuando surjan problemas en las relaciones familia-empresa se solventarán conforme a las pautas recogidas en el mismo.

En cuanto al momento o etapa en la que resulta conveniente elaborar el Protocolo Familiar, hay que convenir con la doctrina (Sánchez-Crespo, 2009: 65) en que pensando que el Protocolo se enmarca dentro de la planificación del futuro de las relaciones familia-empresa y el cambio generacional, “nunca es demasiado pronto para preparar un Protocolo Familiar”. Y desde luego lo que parece más recomendable es que se formule y

se prevé su crecimiento por el emprendedor- se hace necesario establecer reglas para saber cómo es el trabajo en la empresa familiar y qué puede esperar cada uno en la misma, en suma, una objetivización de la convivencia empresarial de los familiares”. Señala además que en el Protocolo se prevén incluso los supuestos en que la empresa deje de ser Empresa Familiar.

¹⁷ Recuérdese que en el Informe elaborado por la *Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar* se advierte que el Protocolo Familiar es el punto de partida y no la meta. Como anota Sánchez-Crespo (2009: 63, 67), “lo importante no es el documento que pueda prepararse y firmarse, sino el proceso seguido para elaborarlo”; debiendo poner especial énfasis en que es un “proceso de comunicación intrafamiliar”.

¹⁸ Así lo destaca la *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*.

se suscriba con varios años de antelación al momento en que previsiblemente acontezca el relevo generacional (Sánchez-Crespo, 2009: 65).

3. Naturaleza jurídica y eficacia del Protocolo Familiar

3.1. Naturaleza jurídica

Es recurrente la afirmación de que el Protocolo Familiar es un documento de naturaleza jurídica compleja¹⁹. Y ciertamente esta aseveración es absolutamente acertada, toda vez que en él confluyen determinadas características que le hacen acreedor de caracterizaciones diversas.

Así, cabe sostener, en primer lugar, que es un acuerdo marco²⁰ o un acuerdo base entre los miembros de la familia empresaria, que incluye múltiples pactos, que a su vez han de instrumentarse en otros contratos y pactos que los desarrollen²¹. A este respecto, se ha calificado atinadamente el Protocolo Familiar como “el documento básico de organización de la Sociedad Familiar, que planifica las relaciones entre el Grupo Familiar, la Propiedad Familiar y la Empresa o Sociedad Familiar fijando las reglas a observar sobre gran diversidad de temas”²².

Como explica –con expresión gráfica– el Profesor Vicent Chuliá: “La organización de la empresa familiar, a partir del Protocolo Familiar, aparece como un complejo de negocios jurídicos y contratos o, si se prefiere, como un negocio complejo, en el que el Protocolo Familiar, como negocio básico, integra negocios jurídicos típicos de diversa naturaleza y modifica el contenido de figuras típicas o «legal tools» que son construidas para utilizar el edificio general de la Sociedad Familiar”²³.

¹⁹ Así, entre otros, FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS (2002); SÁNCHEZ-CRESPO (2009).

²⁰ Véase la *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*.

²¹ SÁNCHEZ-CRESPO (2009: 106, 114 y 115).

²² Cfr. VICENT CHULIÁ (2002: 4556-4557 y 4565), quien sostiene: “El Protocolo Familiar viene a desempeñar en la organización jurídica de la Sociedad Familiar la misma función que el contrato base en la *joint venture*, tanto la contractual que se dota de una sociedad-órgano al servicio de la unión de empresas como la que adopta la forma de *joint venture* corporativa, mediante la constitución de una filial común, sometida al control conjunto de las diversas empresas (individuales o societarias) unidas en el contrato de base... Si en el caso de la *joint venture* se puede afirmar que la sociedad común es utilizada como forma de organización técnica de una alianza entre empresas, en el caso de la Sociedad Familiar la sociedad anónima o limitada familiar, o cabecera del grupo familiar es, también una técnica de organización de la «Empresa Familiar» y todas y cada una de sus normas legales y cláusulas estatutarias deben ser interpretadas en función de la convivencia armónica entre las exigencias y valores de la Familia y de la Empresas, y no sólo como una mera «técnica de organización de la empresa» que es como aparecen en la regulación positiva”.

²³ Cfr. VICENT CHULIÁ (2002: 4557), quien además de indicaciones bibliográficas de interés sobre la naturaleza del negocio jurídico complejo, habla del “negocio plurilateral del Protocolo Familiar”.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, también tienen su parte de razón quienes afirman que el Protocolo Familiar tiene carácter contractual, habida cuenta que de muchos de los pactos, cláusulas o acuerdos que en él se recogen emanan obligaciones de hacer o no hacer alguna cosa. Bien es verdad que no es un contrato típico, sino más bien uno de los contratos de los denominados atípicos o innominados (Sánchez-Crespo, 2009: 104 y ss.).

En tercer lugar, el Protocolo Familiar, además de acuerdo marco o, por mejor decir, derivado de su carácter de acuerdo marco, es también un código de conducta para los miembros de la familia empresaria recogiendo pautas de actuación para los miembros de ésta extrañas a los criterios jurídicos, que limitan su comportamiento²⁴. Y es que, como puntualiza la doctrina, aparte de acuerdos de carácter contractual, comprende otros aspectos que no tienen ese carácter. Así, Fernández-Tresguerres (2002) subraya que “tiene mucho código ético y de ideario y aun cuando se adentra en el contenido del Derecho de contratos o de sociedades lo hace por los resquicios que éste ofrece a la autonomía negocial” y del Derecho contractual o de sociedades es porque deriva de la autonomía negocial²⁵.

En relación con lo que se acaba de señalar, tratando de ahondar más en la caracterización del Protocolo Familiar, cabe predicar del mismo su consideración como mecanismo de Buen Gobierno de las Sociedades Familiares. Como tal trata de conciliar, dentro de la Sociedad Familiar los valores de la Familia y la Empresa, tratando de erradicar las eventuales malas prácticas (Vicent Chuliá, 2004: 321). En este sentido, cobra sentido la afirmación realizada en la doctrina (Fernández-Tresguerres, 2002: 90 y 91) de que el Protocolo Familiar es “un documento educativo cuya finalidad es introducir una *cultura empresarial-familiar* y fomentar un efecto psicológico: la conciencia de pertenecer a una *familia empresarial*”.

Finalmente, se ha subrayado atinadamente que el Protocolo Familiar “ni por su sujeto (que no se sabe exactamente quién es), ni por su objeto (que es heterogéneo), ni por su eficacia (variada y a veces vacilante) encaja en las categorías clásicas de los contratos y

²⁴ Véase SÁNCHEZ-CRESPO (2009: 106 y 115), poniendo especial énfasis en que “el Protocolo condiciona en algunos de los aspectos que regula la conducta de los miembros de la familia que lo ha firmado”.

²⁵ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES (2002: 90 y 91) añade: “Participa más de las técnicas *management* que de un fundamento jurídico. Es, básicamente una declaración de intenciones; unas pautas generales de actuación que a modo de pacto de familia se formalizan en un documento mediante el cual se pretende regular los conflictos presentes y futuros entre la familia y la empresa, la propiedad y la gestión de una concreta sociedad o grupo de ellas”. Como señala EGEA FERNÁNDEZ (2007: 5): “Ciertamente, no todos sus pactos comportan una estricta vinculación jurídica, sino que algunos de ellos se limitan a plasmar aquello que podría considerarse el ideario o la filosofía de la empresa familiar con la pretensión que sus miembros sientan que participan de un proyecto común. El resto de pactos suelen tener para los otorgantes la fuerza vinculante de un contrato”.

choca con el Derecho continental moderno”, para concluir que es un “contrato posmoderno, emocional, libre, poco jerárquico y poco formal, de moda”²⁶.

3.2. Eficacia

Es la familia empresaria la que decide, en caso de optar por dotarse de Protocolo Familiar, qué pactos incorpora en el Protocolo Familiar y qué efectos otorga a los mismos, si bien no hay que desconocer, a este respecto, que vendrán también delimitados en muchos casos por las disposiciones legales, que en lo que resulte imperativo, no podrán contradecirse (Sánchez-Crespo, 2009: 91).

Siguiendo la clasificación propuesta por la doctrina más especializada en el estudio del Protocolo Familiar, que toma como referencia la fuerza vinculante de los mismos (Sánchez-Crespo, 2009: 91 y ss.; Fernández-Tresguerres, 2002: 92 y 93), y que consideramos muy atendible, los pactos recogidos en el Protocolo Familiar pueden clasificarse en: a) pactos con fuerza moral o no exigibles jurídicamente; b) con fuerza contractual simple y c) con fuerza frente a terceros.

Los primeros, también denominados “pactos entre caballeros” suponen normas de conducta o valores asumidos por los miembros de la familia, que no generan derechos y obligaciones entre los suscriptores del pacto. Y ellos sin perjuicio de que la inobservancia de estos pactos pueda ser reprobada o sea censurable moral o éticamente por los miembros de la empresa familiar.

Los segundos, con fuerza contractual simple o con efectos puramente obligacionales, vinculan únicamente a los firmantes, de modo que entre ellos pueden exigirse su cumplimiento sobre la base del art. 1124 del Código Civil, y en su caso resarcimiento de daños.

Los terceros, con fuerza frente a terceros o *erga omnes*, son pactos que, aparte de vincular a los firmantes, son oponibles frente a la sociedad y frente a terceros. Se trata además de pactos que deben ser objeto de desarrollo o ejecución a través de otros documentos y que son objeto de publicidad registral.

En cualquier caso, en un Protocolo Familiar se conjugan diferentes pactos, combinando normalmente cláusulas de los tres tipos (Sánchez-Crespo, 2009: 94).

4. Contenido del Protocolo Familiar

Según la conclusión segunda de *la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar*, acometida en el año 2001:

²⁶ GOMÁ LANZÓN (2005: 669 y ss.), quien añade que el Protocolo Familiar es “una caja de herramientas que compendia distintos instrumentos jurídicos”.

“Se considera que el protocolo familiar es el instrumento más adecuado para, entre otras finalidades: delimitar el acceso de los miembros de la familia a la empresa; definir los puestos de responsabilidad, tanto en la gestión como en el Gobierno de las mismas; delimitar las políticas de dividendos activos y pasivos y la política de financiación en relación con los miembros de la familia; crear fondos internos de autofinanciación para situaciones puntuales; regular la transmisión de las acciones; definir a los interlocutores a nivel del grupo familiar con los gestores de la empresa; determinar la información a suministrar a los grupos familiares; crear la asamblea y el consejo familiar y, en general, prever la sucesión de los fundadores de dichas empresas, creando un marco que, garantizando la continuidad, incentive el interés de la familia o familias por las empresas y al mismo tiempo el interés general, contribuyendo a que las mismas ganen dimensión y sean competitivas”²⁷.

Ya esta Ponencia vislumbraba lo que *a posteriori* vino a desprenderse del Real Decreto 171/2007; a saber: que el contenido del Protocolo Familiar no es un documento cerrado, férreamente estructurado, a través de unas cláusulas fijas e invariables. Lejos de esto, como anota certeramente la doctrina, el Protocolo Familiar es “un traje a medida” para cada una de las familias y para cada Sociedad Familiar (Sánchez-Crespo, 2009: 94; Fernández-Tresguerres, 2002).

Con todo, hay una serie de cláusulas que reiteradamente suelen incluirse en los Protocolos Familiares²⁸. Mencionaremos las más habituales, sin que ello sea representativo, como decimos, de todos los Protocolos Familiares, dependiendo su configuración de la voluntad de los miembros de cada Sociedad Familiar.

A) Las partes

A ellas nos hemos referido anteriormente al delimitar el ámbito subjetivo del Protocolo Familiar. Normalmente serán partes las personas que forman el grupo familiar y que son generalmente titulares de acciones o participaciones sociales de la Empresa Familiar. Como quedó expuesto, pueden ser parte también otras personas, incluso no pertenecientes a la familia, si cumplen las exigencias previstas en el Protocolo.

B) Historia de la empresa y valores familiares

Se suele dejar constancia aquí de los orígenes de la Empresa Familiar, etapas por las que ha atravesado, poniendo especial énfasis en la labor del fundador y en aquellos socios familiares que contribuyeron significativamente a conservar la empresa.

Habitualmente se recogen también los valores familiares que constituyen el sustrato en el que se apoya el negocio familiar, *verbi gratia*, excelente trato con los empleados, compromiso de reinvertir beneficios, cohesión de la familia, entrega y total dedicación a la Empresa Familiar, compromiso de preparación continua, etc.

²⁷ BOCG Senado, Serie I, núm. 312, de 23 de noviembre de 2001.

²⁸ Véanse los modelos de Protocolo Familiar recogidos por FERNÁNDEZ-TRESGUERRES (2002) y en AA.VV. (2010: 1797 y ss.), cedido por TAILLEFER MARTOS.

C) Política corporativa de la sociedad

Se sitúan en este apartado aspectos que conforman, junto con los valores familiares, el código ético de la sociedad. Se refieren a cuestiones tales como el sector al que va a dedicar la Sociedad Familiar; calidad de los productos o servicios que se van a ofrecer; previsión del uso del apellido de la familia como marca, nombre comercial o denominación social; forma jurídica societaria que va a adoptar la Sociedad Familiar en cada una de sus fases evolutivas, etc.

D) Órganos sociales de la empresa

De especial importancia son los pactos relativos a la composición del Consejo de Administración, que se ubican en este lugar. Se trata de determinar, entre otros extremos, si se forma con miembros representativos de las distintas ramas familiares o si se integrarán en él consejeros externos, profesionalizando este órgano y dotándolo de una mayor independencia respecto a la familia.

Hay que recordar también que, de acuerdo con el art. 124.2 y 185.3 del RRM, según redacción dada por el Real Decreto 171/2007, las Sociedades Familiares que adoptan el tipo social de Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada, cuando adoptan la estructura de Consejo de Administración, además de éste y sus órganos delegados, pueden crearse en los estatutos otros órganos sociales; a saber: un Comité Consultivo; y cualquier otro órgano de carácter honorífico. Pues bien, en el Protocolo Familiar se pueden recoger también aspectos relativos a estos órganos, en sintonía con lo estipulado en los estatutos.

Respecto a la Junta General, dentro de las atribuciones que legalmente tiene establecidas, se pueden especificar con mayor detalle, por ejemplo regulando la competencia de los socios con la Sociedad Familiar.

E) Órganos familiares

Además de la Junta General y el órgano de administración, órganos necesarios en las Sociedades Familiares, puede encontrarse En algunos Protocolos Familiares la previsión de dos órganos familiares: la Asamblea Familiar y el Consejo de Familia²⁹.

La Asamblea Familiar suele estar constituida por todos los miembros de la familia, sean o no socios, pudiendo exigir el Protocolo Familiar un límite mínimo de edad para pertenecer a la misma. Es un órgano consultivo, con funciones fundamentalmente de información a la familia y propagación de la cultura empresarial, que sería recomendable que se reuniera, por lo menos, una vez al año (AA.VV., 2010: 808 y 809). Habrá que fijar en el Protocolo las funciones de ésta, el sistema de adopción de acuerdos, régimen de las reuniones, etc.

²⁹ Véase FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS (2006).

El Consejo de Familia es el órgano por excelencia de gobierno familiar. Se forma con los miembros de la familia, debiendo estar representadas las distintas ramas familiares. En el Protocolo se detallarán los requisitos para ser miembro del mismo. Su función más importante es aplicar y desarrollar el Protocolo Familiar. Su intervención más destacada es en la mediación para resolver los problemas entre miembros de la familia que pueden repercutir en la Sociedad Familiar. Es conveniente que se reúna al menos tres veces al año (AA.VV., 2010: 809). En el Protocolo se indicará, entre otros aspectos, el régimen de mayorías para tomar sus acuerdos.

Pueden preverse otros órganos, de carácter asesor. Así, entre otros, cabe citar, en primer lugar, el Comité asesor, integrado por expertos independientes, cuya opinión puede facilitar los acuerdos del Consejo de familia o el órgano de administración. En segundo lugar, el Comité de liquidez, que asesora en relación a las solicitudes de financiación procedentes de los socios. En tercer lugar, el Comité de formación y selección, que asesora en lo que se refiere a la aptitud de los candidatos a trabajar en el negocio familiar. En cuarto lugar, el Comité de arbitraje, formado por personas no pertenecientes a la Sociedad Familiar, con una importante función en cuanto a la mediación y arbitraje en la resolución de conflictos que puedan suponer el incumplimiento del Protocolo.

F) Trabajo y formación. Pactos sobre el acceso a la empresa y salida de la misma

Se suelen reflejar en este apartado los criterios de acceso de la familia a los puestos de trabajo de la empresa, indicando la cualificación y aptitudes requeridas, titulación, etc. A este fin, el Comité de Formación y Selección puede servir de filtro y control del acceso de los miembros de la familia a la Sociedad Familiar.

Cabe acordar y reflejar en el Protocolo Familiar la exigencia de una previa formación, que todo miembro de la familia ha de acreditar para poder acceder a un puesto de trabajo en la empresa. Así, por ejemplo, acreditación de realización de prácticas en empresas o de trabajo en una empresa diferente a la Sociedad Familiar o en el extranjero.

G) Pactos sobre la sucesión

Aquí se enmarcan pactos de muy diverso tipo, todos ellos enfocados a resolver el cambio generacional en la gestión y en la propiedad de la Empresa Familiar. Así entre otros, pactos relativos a la obligación de testar de determinada forma para conservar la empresa en el ámbito familiar; pactos relativos al momento en que se va a producir el cambio en la gestión de la sociedad; la previsión de la jubilación del fundador; requisitos exigibles al sucesor en la gestión; momento y forma en que el fundador transmitirá la propiedad de la empresa a sus descendientes y distribución del capital entre los mismos (Sánchez-Crespo, 2009: 100 y 101).

H) Pactos sobre la propiedad de las acciones o participaciones

Comprende, entre otros, los pactos relativos a las clases de acciones y su distribución entre las distintas ramas familiares. Asimismo, suele recoger la recomendación para los socios casados de pactar el régimen de separación de bienes. También se incluyen aquí la

previsión de pactos de sindicación de acciones. Finalmente, hemos de referirnos a los pactos que se refieren al régimen de la transmisión de las acciones o participaciones. Especialmente importantes son las restricciones a la transmisión de acciones o participaciones sociales, que han de ser acordes con lo establecido en los estatutos.

I) Derechos económicos

En este apartado se recogen las relaciones económicas entre la Sociedad Familiar y los socios. Cuestiones importantes como el reparto de dividendos, recursos de los socios familiares, entre otras, contextualizan estos pactos.

Se puede pactar un dividendo mínimo entre los socios, si bien es frecuente en estas sociedades la reinversión en la Empresa Familiar de los beneficios obtenidos.

Se suele recomendar a los socios que sus ingresos económicos no provengan exclusivamente de la actividad empresarial explotada por la Sociedad Familiar.

Pueden fijarse los supuestos en que procederá la concesión de préstamos a los socios.

J) Pactos sobre la resolución de conflictos

Se suele instrumentar un sistema de resolución de conflictos, especialmente en lo que concierne a la interpretación del Protocolo Familiar por el Consejo de Familia. Entre los distintos sistemas que cabe contemplar, se recoge con frecuencia el sometimiento a un sistema de arbitraje.

K) Cláusula de orden y sometimiento al Protocolo

En este apartado se determina la duración del Protocolo y el procedimiento de modificación.

Se especifica también que las estipulaciones del Protocolo han de cumplirse por todos los socios familiares, fijando también la posibilidad de separar de la Empresa Familiar a los incumplidores, pudiendo incorporar cláusulas penales para el caso de incumplimiento.

L) Cláusula de agradecimiento

A modo de cierre, suele insertarse en el Protocolo la cláusula "con gratitud" o cláusula de agradecimiento al fundador de la empresa y a los demás familiares que, con su entrega y dedicación, han permitido la continuidad de la empresa.

5. Publicidad del Protocolo Familiar

Los artículos 2 a 7 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero regulan la publicidad del Protocolo Familiar.

Como se ha dejado constancia anteriormente, el art. 2.3 del Real Decreto no obliga a publicar el protocolo, resultando voluntaria la publicidad del mismo.

Será el órgano de administración el responsable de la publicación o no del mismo en atención al interés social. En caso de que este órgano decidiese publicar el Protocolo Familiar deberá respetarse la normativa sobre protección de datos personales contenida en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y legislación complementaria. A este fin, dicho órgano habrá de contar con el consentimiento expreso de los afectados cuyos datos sean incluidos en el Protocolo. Una vez publicada la existencia de un Protocolo Familiar, deberá actualizarse. Si no se actualizase, se presume que está vigente el Protocolo Familiar originariamente publicado (art. 3 del Real Decreto).

El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero ha establecido distintos sistemas o vías de publicidad de los Protocolos Familiares, concretando el acceso de los mismos al Registro y regulando la publicidad registral de estos instrumentos jurídicos³⁰. Estas vías son las siguientes:

A) Una primera y limitada técnica de publicidad, prevista en el art. 4 del citado Real Decreto, que en puridad no es registral, consiste en la publicación del Protocolo en el sitio web de la sociedad. En este supuesto se establece un requisito, que de algún modo conecta con el Registro Mercantil, cual es que debe realizarse en el dominio o dirección de internet que conste en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil (art. 9 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de *servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico*).

B) Una segunda vía de publicidad, contemplada en el art. 5 del Real Decreto 171/2007, consiste en la mera constancia en la hoja abierta a la sociedad de la existencia de un Protocolo Familiar y sus datos identificativos, sin detallar su contenido. En este caso se hará constar si el Protocolo es accesible en el sitio corporativo o web de la sociedad que conste en la hoja registral. Si el Protocolo se hubiere formalizado en documento público notarial habrán de indicarse en la inscripción el Notario autorizante, lugar, así como la fecha y el número del protocolo notarial del mismo.

Como es natural, dado el carácter de este segundo sistema de publicidad, no podrá el Registrador exigir la presentación del Protocolo Familiar, ni su contenido será sometido a calificación, lo que no excluye la obligación del Registrador de comprobar que es accesible en el sitio antes citado y que no hay otro Protocolo anterior, a no ser que se trate de una modificación o sustitución de éste y así lo haga constar el órgano de administración.

La regulación de esta publicidad del art. 5 ha suscitado críticas, motivadas por la falta de rigor jurídico-registral, al no especificarse cómo se instrumenta la constancia de que existe un Protocolo Familiar³¹, ni los requisitos para acreditar la accesibilidad del mismo en el sitio web de la Sociedad (AA.VV. (2010, p. 841).

C) Una tercera vía es la que se recoge en el art. 6 del Real Decreto 171/2007, en virtud del cual al depositar las cuentas anuales el órgano de administración puede incluir, entre

³⁰ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO (2007).

³¹ Reconoce la doctrina (AA.VV., 2010: 841) que normalmente se hace mediante norma marginal, junto a la inscripción primera, en la hoja abierta a la sociedad.

la documentación correspondiente, una copia o testimonio total o parcial del documento público en que conste el Protocolo de la sociedad, en cuanto documento que puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar. En este supuesto se depositará junto con las cuentas anuales y será objeto de calificación por el Registrador. Únicamente se prevé el depósito por esta vía con motivo del depósito de las cuentas anuales del ejercicio, lo que con razón se ha criticado (AA.VV., 2010: 841). La calificación del documento parece ceñirse a la comprobación de que el contenido del Protocolo Familiar no contraviene normas imperativas (AA.VV., 2010: 841).

D) Finalmente, el art. 7 del citado Real Decreto contempla la inscripción de determinados acuerdos sociales cuando se han adoptado en ejecución de un Protocolo Familiar publicado, circunstancia que no sólo ha de ser objeto de mención expresa en la inscripción sino que se hará constar también en la denominación de la correspondiente escritura pública. Y se refleja así, como declaró la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 30 septiembre 2008³² “a fin de permitir con ello una más adecuada interpretación de los acuerdos adoptados.

Se trata, a fin de cuentas, de aquellos casos en que determinadas cláusulas del Protocolo Familiar se incluyan en los estatutos sociales fundacionales o resultantes de una modificación posterior. Debe quedar claro que en este supuesto no estamos ante una publicidad voluntaria, sino obligatoria, rigiendo las normas generales sobre calificación e inscripción registral (AA.VV., 2010: 841).

En torno a la publicidad del Protocolo Familiar cabe destacar el pronunciamiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado contenido en la Resolución de 30 septiembre 2008³³. Decidía aquí sobre un recurso interpuesto, contra la negativa del Registrador Mercantil a dejar constancia en el Registro de una escritura de protocolización del protocolo familiar, autorizada por Notario. El Registrador resolvió no practicar la inscripción solicitada por haber observado los siguientes defectos: por una parte, que la hoja de la sociedad había sido cerrada por falta del depósito de cuentas, por haber sido calificadas con defectos las cuentas anuales de la sociedad correspondientes a uno de los ejercicios anteriores. Y, por otra parte, que para poder dejar constancia registral del protocolo presentado, era necesaria una instancia con firma legitimada notarialmente del órgano de administración de la sociedad con reseña identificativa del protocolo a efectos de su constancia en el Registro Mercantil, conforme a lo estipulado en el artículo 5 del Real Decreto 171/2007, debiendo asimismo constar si desde el sitio web corporativo de la sociedad, que consta en este Registro, era accesible el Protocolo.

La Dirección General acordó desestimar el recurso interpuesto, confirmando la calificación del Registrador. Especial interés revisten, a este propósito, los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero, que reproducimos a continuación:

“SEGUNDO

En el presente supuesto, una de las personas que han suscrito un protocolo familiar ante Notario pretende su depósito en el Registro Mercantil, y aunque no se dice

³² RJ 2009\625.

³³ RJ 2009\625.

expresamente, es palmario que se trata de la publicidad noticia a que alude el artículo 5 del Real Decreto 171/2007 (RCL 2007, 526), ya que no se está ni ante una modificación estatutaria ni ante el depósito que puede instarse con motivo de la publicidad de las cuentas anuales.

Dos son las objeciones que formula el Registrador Mercantil: La primera, que la sociedad tiene el Registro cerrado al no haber depositado las cuentas de un determinado ejercicio social; la segunda, que la publicidad del protocolo no viene solicitada, como exige el artículo 5 citado, por el órgano de administración de la sociedad.

TERCERO

Ambos defectos deben ser confirmados en todos sus términos.

El artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil (RCL 1996, 2112) dispone el cierre registral de la hoja abierta a la Sociedad cuando haya transcurrido un año desde la fecha de cierre del ejercicio sin que se haya practicado el depósito de las cuentas anuales aprobadas: el Registrador Mercantil no inscribirá ningún documento presentado con posterioridad a aquella fecha, hasta que, con carácter previo, se practique el depósito. Es indiferente la causa que ha impedido el depósito de las cuentas –incidentalmente, ya efectuado en el momento en que se elevó el recurso a esta Dirección General–; lo relevante es que, debiendo consignarse en la hoja abierta a la sociedad la existencia del protocolo mediante un asiento de inscripción (véase el preámbulo del citado Real Decreto y el párrafo segundo del mencionado artículo 5, según el cual si el protocolo familiar se hubiere formalizado en documento público notarial se indicará en la inscripción el Notario autorizante, lugar, fecha y número del protocolo notarial del mismo), dicho cierre impediría la publicidad registral del mencionado protocolo.

En cuanto al segundo de los defectos, el protocolo familiar lo presenta en el Registro uno de los suscriptores del mismo, hijo de quien era administrador único de la Sociedad en el momento de su suscripción, pero que no forma parte de dicho órgano en el momento de su actuación ante el Registro. Y lo hace con el confesado fin de obtener, por la vía registral, la solución a la situación que él mismo califica de incumplimiento por otros de los firmantes del protocolo en todo lo referente a la conformación y designación del órgano de administración de la Sociedad afectada. A este efecto cabe recordar que la publicidad que regula el artículo 5 del Real Decreto 171/2007 (RCL 2007, 526) es una mera publicidad noticia, que da a conocer la existencia de un protocolo familiar pero no su contenido, y que por su propia definición no entraña la calificación de sus cláusulas, no genera un efecto de publicidad material, ni, mucho menos, garantiza su cumplimiento. Sólo estaría amparada por la fe pública registral la modificación estatutaria inscrita como consecuencia de la ejecución de un protocolo familiar publicado (artículo 7 del citado Real Decreto), y como tal cláusula estatutaria inscrita obligaría a los socios (artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas [RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206]).

Hecha esta consideración, se advierte también que el hecho de que el protocolo estuviera suscrito por quien era administrador único en la fecha de su protocolización notarial (y fallecido en el momento de la presentación del documento en el Registro), contrariamente a lo que se alega en el recurso no suple la necesidad de solicitud expresa por parte del órgano de administración –inscrito en el Registro– exigida por el artículo 5 del Real Decreto; órgano que, además, necesita el consentimiento expreso de todos los afectados por el protocolo (artículo 3, párrafo 2 in fine). Afirmar que la exigencia por parte del Registrador de que se cumplan los requisitos del Real Decreto 171/2007 (RCL 2007, 526) es un formalismo que viene a vulnerar el espíritu claro y terminante de la norma supone desconocer la esencia de su función, y también la del Registro, que no puede convertirse en foro en el que se diriman los conflictos y disensiones que surjan en el seno de los órganos sociales. Por lo demás, no procede en el marco de este expediente de recurso decidir sobre la eficacia del pacto en el ámbito ajeno al registral”.

6. Desarrollo del Protocolo Familiar

El Protocolo Familiar aspira a resolver conjuntamente todos los problemas que suscita la Sociedad Familiar, garantizando la conservación de la empresa y la continuidad de la misma en manos de la familia. En este sentido, como con gran expresividad se manifiesta, tiene “pretensión totalizadora” (Gomá Lanzón, 2005: 669).

No obstante, pese a esa aspiración, el Protocolo Familiar tiene una autosuficiencia relativa, en cuanto algunos de los extremos en él contemplados han de ser desarrollados mediante otros documentos, lo que permite calificar a dicho Protocolo como un “documento jurídicamente incompleto” (Gomá Lanzón, 2005: 669). Y es que, como la Ponencia del Senado para el estudio de la Empresa Familiar puso de relieve, el Protocolo Familiar es el punto de partida y no la meta en la organización y planificación de la Empresa Familiar, debiendo estar en armonía con otros documentos otorgados por los miembros de la misma.

Los mecanismos más habituales de desarrollo del Protocolo Familiar son los estatutos de la Sociedad Familiar³⁴, el testamento, las capitulaciones matrimoniales o a través de acuerdos de la Sociedad que han sido elevados a escritura pública, temas en los que dados los límites de este trabajo no podemos profundizar. Aparte de este desarrollo, como anota Gomá Lanzón (2005: 669), sucede en ocasiones que la puesta en práctica o ejecución de los pactos que constan en el Protocolo corresponde a alguno de los componentes de la familia, sin que los demás firmantes del Protocolo puedan exigirle el cumplimiento. Sería el caso, por ejemplo, de la cláusula por la cual uno de los firmantes se obliga a hacer testamento en un sentido determinado.

³⁴ Antes del Real Decreto 171/2007, La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2005 (RJ 2005, 5539) consideró que un posible código deontológico o unas normas de desarrollo de un Protocolo Familiar sólo podían acceder al Registro, a falta de específica previsión legislativa, por la vía de una completa regulación estatutaria y siempre que se respetasen estrictamente los límites legales.

Respecto al desarrollo a través de los estatutos sociales, conviene recordar que el legislador permite en el art. 28 de la LSC y 114. 2 y 175.2 del RRM la inclusión en los estatutos de todos los pactos y condiciones que consideren oportuno los socios, siempre que no contradigan los principios configuradores del tipo social que se haya adoptado. Por esta vía podrían tener acceso a la escritura, y en su caso a los estatutos, pactos recogidos en el Protocolo Familiar. Ello es importante, a efectos de la oponibilidad de dichos pactos frente a terceros y frente a la propia Sociedad Familiar.

Además, a raíz de la reforma operada por el Real Decreto, se dio nueva redacción a los artículos 114.2 y 175.2 del RRM, relativos respectivamente sociedades anónimas y limitadas, permitiendo el acceso al Registro Mercantil, incorporándose a los estatutos sociales determinadas cláusulas del Protocolo Familiar, reconociendo la oponibilidad de las mismas frente a terceros. El tenor literal de este precepto es el siguiente:

“2. Además, se harán constar en la inscripción los pactos y condiciones inscribibles que los socios hayan juzgado conveniente establecer en la escritura o en los estatutos, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada.

En particular, podrán constar en las inscripciones las siguientes cláusulas estatutarias:

- a) Las cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.
- b) El establecimiento por pacto unánime de los socios de los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de las participaciones sociales previstas para el caso de transmisiones inter vivos o mortis causa o bien para la concurrencia de obligación de transmitir de conformidad con el artículo 188.3 de este Reglamento.
- c) El pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos.
- d) El pacto que establezca la obligación de venta conjunta por los socios de las partes sociales de las sociedades que se encuentren vinculadas entre sí por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable.
- e) La existencia de comités consultivos en los términos establecidos en el artículo 185.3 de este Reglamento”.

En lo que se refiere al desarrollo del Protocolo a través del testamento, aunque excede de los límites de este trabajo este análisis, debe dejarse constancia de que el testamento juega un papel absolutamente decisivo en el mantenimiento y conservación de la Sociedad Familiar (AA. VV. (2010, p. 807). A título puramente indicativo, cabe mencionar como pactos recogidos a este fin en el Protocolo el compromiso de dejar en herencia las acciones o participaciones a los integrantes de la familia; y el usufructo de acciones o participaciones a favor del cónyuge superviviente. A ello se añade que el propio Código Civil contiene algunas normas que contribuyen a la conservación de las Empresas Familiares (véanse arts. 843, 844 y 1056 –según redacción dada por la Ley 7/2003– del CC).

En cuanto a las capitulaciones matrimoniales es menester destacar que en el Protocolo suele figurar el acuerdo de los firmantes de optar por el régimen económico matrimonial de separación de bienes. Y ello con el objetivo de que si se produjese la disolución del matrimonio el cónyuge no socio no ingrese en la Sociedad Familiar, manteniéndose ésta entre la familia natural (AA.VV., 2010: 807).

7. Conclusiones

La normativa contenida en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, *por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares* se aplica únicamente a las Sociedades Familiares mercantiles no admitidas a cotización. Respecto a las sociedades cotizadas el legislador probablemente entendió resuelto el tema de la publicidad de los pactos que pudieran incluirse en el Protocolo Familiar mediante lo dispuesto en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por el que se pretendía reforzar la transparencia de las sociedades cotizadas, y cuyo contenido se ha integrado en los artículos 518 a 523 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Con todo, a efectos de valorar la exclusión legal de la aplicación del Real Decreto 171/2007 a las sociedades cotizadas, debe tenerse en cuenta que la publicidad contemplada en uno y otro supuesto presenta algunos matices diferenciales.

Al margen de lo anterior, es menester reseñar que el Real Decreto 171/2007 se aplica al Protocolo Familiar formulado tanto en Sociedades Familiares personalistas como capitalistas.

No hay que ignorar que, en muchas ocasiones, el hecho mismo de estar interrelacionadas en una misma sociedad mercantil dos realidades, familia y empresa puede derivar en una serie de conflictos, arriesgando la conservación de la empresa y la continuidad de la misma Sociedad Familiar. En un intento de prever situaciones de este tipo que se pueden plantear en las distintas etapas de desarrollo de la Sociedad Familiar y, de manera especial, la sucesión de la misma, el legislador consagró en este Real Decreto 171/2007 la posibilidad de suscribir y dar publicidad al Protocolo Familiar.

El Protocolo Familiar es una herramienta de carácter voluntario.

El Protocolo Familiar es un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar y en la conformación del mismo se deja un amplísimo espacio a la libre autonomía de la voluntad.

El legislador admite la publicidad de un único protocolo por Sociedad Familiar, lo que ha suscitado críticas en la doctrina.

El Protocolo es un documento vivo, un documento abierto sujeto a revisiones periódicas que reflejen la propia evolución personal y profesional de los miembros de la Sociedad Familiar y las circunstancias de la empresa en sus distintas fases de desarrollo.

El legislador define el Protocolo Familiar, si bien la redacción utilizada no es precisamente un ejemplo a seguir, pues ni gramaticalmente es paradigma de corrección, ni conceptualmente es suficientemente expresiva de la idea que se quiere destacar. Según el

concepto legal el Protocolo Familiar es un conjunto de pactos firmados por los miembros de la familia que sean socios o con terceros con los que guardan vínculos familiares. Se suele calificar este Protocolo como un acuerdo marco entre los miembros de la familia que puede incluir múltiples pactos. Ha de ser otorgado y suscrito por todos los socios familiares de la Sociedad Familiar. Además el legislador prevé, con buen criterio, la posibilidad de que lo firmen también personas que no siendo socios tengan vínculos familiares que afectan a la Sociedad en cuestión. También parece necesario que lo suscriban y participen en su formulación los miembros de la familia que trabajen en ella, aunque no sean socios.

La finalidad pretendida con el Protocolo Familiar es instrumentar un cauce permanente de comunicación y consenso en el seno de la Sociedad Familiar y en las relaciones de la Sociedad con la familia.

El Protocolo ha de adoptarse con el consenso de todos los familiares, siendo muy aconsejable que el Protocolo Familiar se formule y se suscriba cuando no existan tensiones en el seno de la familia empresaria, ni en el aspecto personal ni en el empresarial.

El Protocolo Familiar es un documento de naturaleza jurídica compleja; en él confluyen determinadas notas distintivas que le hacen acreedor de caracterizaciones diversas. Así, cabe sostener, en primer lugar, que es un acuerdo marco entre los miembros de la familia empresaria, que incluye múltiples pactos, que a su vez han de instrumentarse en otros contratos y pactos que los desarrollen. En segundo lugar, y en relación con lo anterior, también tienen su parte de razón quienes afirman que el Protocolo Familiar tiene carácter contractual, habida cuenta que de muchos de los pactos, que en él se recogen emanan obligaciones de hacer o no hacer alguna cosa. Bien es verdad que no es un contrato típico, sino más bien uno de los contratos de los denominados atípicos o innominados. En tercer lugar, el Protocolo Familiar, es también un código de conducta para los miembros de la familia empresaria, pudiendo considerarse también un mecanismo de Buen Gobierno de las Sociedades Familiares.

Es la familia empresaria la que decide, en caso de optar por dotarse de Protocolo Familiar, qué pactos incorpora en el Protocolo Familiar y qué efectos otorga a los mismos, si bien no hay que desconocer, a este respecto, que vendrán también delimitados en muchos casos por las disposiciones legales. Atendiendo a su fuerza vinculante pueden clasificarse en: a) pactos con fuerza moral o no exigibles. jurídicamente; b) con fuerza contractual simple y c) con fuerza frente a terceros. Suelen combinarse en un mismo Protocolo Familiar pactos de los tres tipos.

El contenido del Protocolo Familiar no es un documento cerrado, sino que se elabora en consideración a las particularidades de cada una familia y de cada Sociedad Familiar. Con todo, hay una serie de cláusulas que reiteradamente suelen incluirse en los Protocolos Familiares. Así cabe mencionar las siguientes: a) Las partes; b) Historia de la empresa y valores familiares; c) Política corporativa de la sociedad; d) Órganos sociales de la empresa; f) Órganos familiares; g) Trabajo y formación. Pactos sobre el acceso a la empresa y salida de la misma; h) Pactos sobre la sucesión; i) Pactos sobre la propiedad de

las acciones o participaciones; j) Derechos económicos; k) Pactos sobre la resolución de conflictos; l) Cláusula de orden y sometimiento al Protocolo; ll) Cláusula de agradecimiento.

El Real Decreto 171/2007 no obliga a publicar el Protocolo, resultando voluntaria la publicidad del mismo. Será el órgano de administración el responsable de la publicación o no del mismo en atención al interés social. El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero ha establecido distintos sistemas o vías de publicidad de los Protocolos Familiares, concretando el acceso de los mismos al Registro y regulando la publicidad registral de estos instrumentos jurídicos.

El Protocolo Familiar tiene una autosuficiencia relativa, en cuanto algunos de los extremos en él contemplados han de ser desarrollados mediante otros documentos, lo que permite calificar a dicho Protocolo como un "documento jurídicamente incompleto".

Los mecanismos más habituales de desarrollo del Protocolo Familiar son los estatutos de la Sociedad Familiar, el testamento, las capitulaciones matrimoniales o a través de acuerdos de la Sociedad que han sido elevados a escritura pública, temas en los que dados los límites de este trabajo no podemos profundizar.

Analizada la regulación del Protocolo Familiar, si bien pueden efectuarse algunas críticas, valorada en su conjunto merece una valoración positiva, por haber regulado este instrumento de comunicación y concertación de la Sociedad Familiar, permitiendo una amplia autonomía para configurarlo, corroborando lo que en la práctica ya venía haciéndose.

8. Bibliografía

- AA.VV. (2010). *Memento práctico Francis Lefebvre Sociedades Mercantiles 2011*. Madrid: Francis Lefebvre S.A.
- Corona, J. (2004). "Características de la Empresa Familiar". *Colección Biblioteca de la Empresa Familiar*. Barcelona: Associació Catalana de l'Empresa Familiar.
- Dirección General de Política de la Pyme (2003). *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*. Madrid: Ministerio de Economía
http://www.laempresafamiliar.com/media/upload/pdf/empresa_familiar_guia.pdf.
- Egea Fernández, J. (2007). "Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos". *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 3, pp. 1-36. www.indret.com.
- Fernández de Córdoba Claros, I. (2006). "La asamblea y el consejo de Familia: disfunciones del ensanchamiento corporativo de las sociedades de capital. A propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2005", *RdS*, 26, pp. 475-494.
- Fernández del Pozo, L. (2007). "El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado", *RdS*, 29, pp. 139-183.

- Fernández-Tresguerres García, A. (2002). "Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar", *RdS*, 19, pp. 89-113.
- Gallo, M. (1995). "La empresa familiar: fortalezas y trampas". En, V. Garrido de Palma (Dir.), *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Madrid: Cívitas, pp. 50-59.
- Garrido de Palma, V. (2005). "La familia empresaria ante el Derecho". En, M. Garrido Melero; J.M. Fugardo Estivill y V. Garrido de Palma (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. IV. Barcelona: Bosch, pp. 63-94.
- Gersick, K.E.; Davis, J.A. y Hampton, M. (1997). *Empresas Familiares. Generación a generación*. Méjico: McGraw-Hill.
- Gomá Lanzón, I. (2005). "El protocolo familiar". En, M. Garrido Melero; J.M. Fugardo Estivill y V. Garrido de Palma (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. IV. Barcelona: Bosch, pp. 653 a 707.
- Informe Senado (2002), *Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar*. Madrid: Senado.
- Instituto de La Empresa Familiar. <http://www.iefamiliar.com/web/es/>.
- Ministerio de Economía (Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa) (2003). *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía. Disponible en http://www.laempresafamiliar.com/media/upload/pdf/empresa_familiar_guia.pdf.
- Quijano González, J. (2002). "Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, constituida en la Comisión de Hacienda del Senado (octubre 2000). Nota introductoria", *RdS*, 18, pp. 367-381.
- Roca Junyent, M. (2005). "La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario". En, M. Garrido Melero; J.M. Fugardo Estivill y V. Garrido de Palma (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Vol. IV. Barcelona: Bosch, pp. 23-61.
- Rodríguez-Aparicio, J.A. (2004). "El protocolo familiar". En, F. Vicent Chuliá; F. Cerdá Albergo y otros, *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*. Navarra: Aranzadi, pp. 287-322.
- Sánchez-Crespo Casanova, A.J. (2009). *El protocolo familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución*. Madrid: Sánchez-Crespo Abogados y Consultores.
- Vicent Chuliá, F. (2002). "Organización jurídica de la sociedad familiar". En, AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. V. Madrid: McGraw Hill, pp. 4529-4570.
- Vicent Chuliá, F. (2005). *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vicent Chuliá, F. y otros (2004). *El buen gobierno de las empresas familiares*. Navarra: Aranzadi.

LA EMPRESA FAMILIAR EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL: IMPLICACIONES FISCALES

Alfonso García-Moncó¹
a.monco@uah.es

Universidad de Alcalá de Henares

fecha de recepción: 03/03/2011
fecha de aceptación: 12/04/2011

Resumen

La Sociedad Limitada Nueva Empresa puede ser el vehículo idóneo para la adopción de la forma societaria por una empresa familiar. El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de julio que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital incorpora en su articulado y en sus disposiciones adicionales importantes ventajas para las SLNE, tanto para facilitar su constitución, como para flexibilizar su funcionamiento y reducir los costes fiscales de su creación. Las empresas familiares de reducida dimensión pueden beneficiarse de este marco jurídico y fiscal que, en estos momentos, no tiene comparación con ninguna otra modalidad societaria. Sin embargo, esta realidad es, en gran parte, desconocida porque no se han explicado las posibilidades que contiene la Ley de Sociedades de Capital al respecto y sus consecuencias fiscales.

Palabras clave: Empresa familiar; Sociedad Limitada Nueva Empresa; Ley de Sociedades de Capital; Constitución de Sociedades; Beneficios fiscales.

Abstract

The New Enterprise Limited Company can be an ideal vehicle for the adoption of the corporate form by a family business. The Royal Decree 1/2010 of 3 July, which approves the revised text of the Capital Company Act, includes in its provisions and its additional provisions for SLNE important advantages, both to facilitate their establishment, as to ease operation and reduce the fiscal costs of its creation. The small size family businesses can benefit from the legal and fiscal framework at the moment, is unmatched by any other corporate form.

¹ Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, C/ Libreros, 27, E-28801, Alcalá de Henares, Madrid.

However, this reality is largely unknown because they have not explained the possibilities contained in the Companies Act and Capital about the tax consequences.

Keywords: Family business/Family enterprise; New enterprise limited company; Capital companies act; Company formation; Tax benefits.

1. Introducción

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de julio que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital constituye sin duda un hito en la evolución no sólo del Derecho Societario sino de todo el Ordenamiento Jurídico. El origen de este cuerpo normativo, como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto-Legislativo, es el siguiente: “El presente real decreto legislativo cumple con la previsión recogida en la disposición final séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que habilita al Gobierno para que, en el plazo de doce meses, proceda a refundir en un único texto, bajo el título de «Ley de Sociedades de Capital», las normas legales que esa disposición enumera. De este modo se supera la tradicional regulación separada de las formas o tipos sociales designadas con esa genérica expresión, que ahora, al ascender a título de la ley, alcanza rango definidor”.

La regulación que prevea un Estado de Derecho del marco jurídico de las sociedades resulta decisiva en el orden jurídico, económico y empresarial. Pues bien, en la realidad empresarial se reconoce cada vez más importancia a las llamadas empresas familiares constituidas precisamente en torno a un núcleo familiar. Este origen no debe sin embargo sugerir que nos movemos únicamente en el ámbito de la pequeña y mediana empresa. En España existen grandes sociedades de capital que son empresas familiares. Por otra parte, el carácter familiar de una empresa no prejuzga el ropaje societario que pueda adoptar y que, en principio, puede afectar a cualquiera de las figuras previstas en la Ley. No obstante prestaremos especial atención a alguna de las formas societarias que se adaptan singularmente bien a este sector como es la Sociedad Limitada Nueva Empresa.

Dichas empresas con su peculiar problemática tienen su proyección en la Ley de Sociedades de Capital y este va a ser el objeto del presente trabajo, examinar su regulación para después analizar sus implicaciones fiscales.

2. Concepto de empresa familiar

Aunque existen distintas aproximaciones a la realidad mencionada a nosotros nos interesa sobre todo la perspectiva fiscal y desde la misma se considera empresa o en su caso sociedad familiar, según el artículo 4.8 apartado dos, letra b) de la Ley del Impuesto de Patrimonio, el siguiente el ámbito subjetivo, establecido para delimitar la exención:

“Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 % computado de forma individual, o del 20 % conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción”.

Es decir, una empresa familiar es la formada por el sujeto pasivo, el cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado por consanguinidad, afinidad o adopción. En dichos límites, se considera aplicable la normativa fiscal que se refiera a la llamada “empresa familiar” y por tanto también a la sociedad familiar cuando la empresa adquiera forma societaria.

Como se puede observar no hay ningún límite cuantitativo en lo que se refiere al valor de las acciones o participaciones de las sociedades de capital ni a su número ni a su valor nominal. Por tanto, respecto a las consecuencias fiscales de la referida calificación, ésta no depende de los últimos factores aludidos sino única y exclusivamente de la existencia del citado núcleo familiar y de la participación mínima prevista por el artículo transcrito de la Ley del Impuesto de Patrimonio. Es más, el Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio (BOE núm. 266 de 6 de noviembre) precisa en su artículo 5 lo siguiente:

“Cuando la entidad participe a su vez en otras entidades, se considerará que no realiza una actividad de gestión de un patrimonio mobiliario, si disponiendo directamente al menos del 5 por 100 de los derechos de voto en dichas entidades, dirige y gestiona el conjunto de las actividades económicas de éstas mediante la correspondiente organización de medios personales y materiales, siempre que las entidades participadas no tengan a su vez como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario o concurra, en las mismas, alguno de los supuestos previstos en los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo 75 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”.

Es decir, el reglamento que interpreta la exención prevista en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio que -por otra parte debemos recordar que sigue plenamente en vigor aunque la Ley 4/2008, haya derogado los preceptos relativos a la obligación de declarar y pagar- admite la existencia de lo que podríamos denominar “holding familiar” que se puede reconocer fiscalmente con la participación de un 5% de los derechos de voto en otras entidades siempre que sea realmente un holding con medios personales y materiales y no una simple sociedad de “cartera”. Aunque esto se diga a efectos de evitar que el favorable tratamiento tributario que se reconoce a las participaciones en dichas entidades se adjudique a simples sociedades de inversión, lo cierto es que supone admitir que las sociedades familiares no tienen, como decimos más límite que la expresada participación mínima del 5% en los derechos de voto y no restricciones de otro tipo ni siquiera su eventual cotización en Bolsa.

3. La Sociedad Limitada Nueva Empresa como vehículo jurídico de la empresa familiar

Ante todo hay que aclarar que el hecho de que nos refiramos, de forma particular, a esta figura societaria no quiere decir –ya lo hemos adelantado– que no haya sociedades familiares bajo el modelo jurídico de otras formas de entidades como las sociedades limitadas del régimen general o en las sociedades anónimas. Muy al contrario, en España existen no sólo sociedades sino importantes grupos societarios que son núcleos familiares como es el caso de las sociedades agrupadas en el Instituto de Empresa Familiar. Como acabamos de destacar es perfectamente posible que un gran grupo societario que cotice en Bolsa se una empresa familiar a efectos fiscales.

No obstante, nos vamos a ocupar prioritariamente de la Sociedad Limitada Nueva Empresa porque creemos que ofrece posibilidades muy interesantes sobre todo para las empresas familiares que inician su actividad y por ello, las tratamos de forma singularizada, sin perjuicio de que hagamos cuantas referencias sean necesarias a las demás fórmulas societarias.

Los artículos 434 a 454 de la Ley de Sociedades de Capital configuran un marco jurídico especialmente adecuado para el inicio de la actividad de una empresa familiar. Las facilidades de constitución que concede El Texto Refundido de la Ley que veremos seguidamente así como la simplicidad de su régimen jurídico y las ventajas fiscales que describiremos en el epígrafe siguiente, favorecen su adaptación a las necesidades de una empresa de dichas características.

Así podemos mencionar los siguientes aspectos:

- Carácter personalísimo de la Sociedad, vinculado a un socio que da sus apellidos a la sociedad, (artículo 435.1) con un número máximo de cinco socios, siempre personas físicas (artículo 437) y que puede ser también sociedad unipersonal (artículo 438). Igualmente refuerzan dicho carácter personalísimo los requisitos subjetivos para la transmisión de las participaciones personales (artículo 444) que deberán transmitirse siempre a personas físicas.
- El órgano de administración de la Sociedad se ajusta especialmente bien a la realidad a la que nos referimos porque sólo contempla la figura del Administrador y excluye el Consejo de Administración (artículo 447).
- Igualmente su reducido capital social con un mínimo de 3.012 € favorece a las pequeñas empresas, aunque consideramos criticable que el máximo sea de 120.202 €, demasiado reducido para nuestros días y asimismo creemos que es una limitación innecesaria que deba ser desembolsado exclusivamente en dinero y no se permita que una parte del mismo pueda consistir en bienes de otra naturaleza como por ejemplo un local de negocio.
- La configuración del objeto social (artículo 436) también se adapta muy bien a las exigencias que puede plantear una sociedad familiar al mencionar muchos de los sectores de actividades económicas donde habitualmente se sitúan esta clase de empresas como la agrícola, ganadera, pesquera, turística o las actividades profesionales y de intermediación. No obstante, también se aceptan “cualquier

- actividad singular distinta de las anteriores*” (artículo 436.2). En este sentido, hay que mencionar especialmente la actividad de compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles que, por las exigencias de la normativa fiscal, a las que nos referimos más adelante, puede cumplir perfectamente una sociedad familiar.
- El régimen establecido para la retribución del administrador, de carácter potestativo, *“podrá ser retribuido”* y flexible, *“en la forma y cuantía que decida la junta general”* (artículo 448.2) se acopla perfectamente a las necesidades de una sociedad familiar y, como veremos, a las exigencias de la Ley del Impuesto de Patrimonio para aplicar la exención a las participaciones de dichas sociedades.
 - La regulación prevista en la Ley para el usufructo de participaciones se acomoda especialmente bien a las sociedades familiares que se constituyan como SLNE dado que, como es lógico, este derecho es muy importante, teniendo en cuenta la habitual transmisión mortis causa de las participaciones en la que juega un papel esencial, el usufructo del cónyuge supérstite.
 - Además de las facilidades establecidas en lo que se refiere a los requisitos constitutivos de la SLNE en los artículos 439 a 442 de la Ley, las disposiciones adicionales de la misma, 3ª, 4ª y 6ª establecen un cuadro normativo, particularmente en materia tributaria, notablemente beneficioso para las sociedades que tengan esta calificación.

4. Implicaciones fiscales en la nueva Ley para las Sociedades Familiares y en particular para las SLNE

El marco jurídico-fiscal de las SLNE viene constituido por una serie de elementos que vamos a enunciar siguiendo los aspectos más relevantes de su regulación en la Ley de Sociedades de Capital:

Primero. Con carácter previo, no debe olvidarse lo dispuesto respecto de las denominadas **“cuentas-ahorro nueva empresa”** en el artículo 68.6 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF) y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE núm. 285 de 29 de noviembre) que dispone en su primer párrafo:

“Los contribuyentes podrán aplicar una deducción por las cantidades que depositen en entidades de crédito, en cuentas separadas de cualquier otro tipo de imposición, destinadas a la constitución de una Sociedad Nueva Empresa regulada en el capítulo XII de la ley 2/1995 de 23 de Marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada...”.

Es decir, la constitución de una SLNE puede planificarse, iniciando las actuaciones con la apertura de una o varias cuentas de ahorro nueva empresa donde, por ejemplo, se puede depositar el capital que se va a desembolsar posteriormente, obteniendo así desde el primer momento, una rentabilidad fiscal de las aportaciones.

Segundo. Uno de los primeros aspectos en que el **Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, beneficioso para las empresas familiares, es el que se refiere al régimen jurídico del usufructo de participaciones (artículo 127)**, muy relevante en las

mismas, dado que en la estructura habitual de la sucesión “mortis causa”, el usufructo del cónyuge supérstite está siempre presente. A tal efecto se establece en su apartado primero que *“en caso de usufructo de participaciones o de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. Salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario.”*

Conviene recordar que uno de los aspectos esenciales del régimen tributario privilegiado de que disfrutaban las sociedades familiares es la exención de sus participaciones en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Los requisitos establecidos en el artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987 de 18 de Diciembre reguladora del Impuesto de Sucesiones y Donaciones para aplicar una reducción del 95% son los siguientes:

“En los casos en los que en la base imponible de una de una adquisición “mortis causa” que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo, del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de Junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de los derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa negocio o entidad afectada, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con los apartados anteriores, otra del 95 por 100 del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo”.

Debe aclararse al respecto de la alusión del precepto transcrito al usufructo y a la consolidación del dominio que el artículo 4º la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales Administrativas y de Orden Social para 2004 modificó la Ley del Impuesto de Patrimonio en este punto, admitiendo que la reducción se produzca tanto en la situaciones de plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades.

En cuanto a una eventual transmisión lucrativa “inter vivos” a través de una donación, que como hemos visto, es posible en virtud del artículo 444.2 siempre que se haga a favor de personas físicas, se aplica el mismo régimen descrito según lo dispuesto en el artículo 20.6 de la misma Ley de Sucesiones siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- “a) Que el donante tuviese sesenta y cinco o más años o se encontrase en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.
- b) Que, si el donante viniera ejerciendo funciones de dirección, dejara de ejercer y de percibir remuneraciones o por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión.

A estos efectos, no se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la Sociedad.

c) En cuanto al donatario, deberá mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura de donación, salvo que falleciera dentro de ese plazo”.

Asimismo, tanto en la transmisión “intervivos” como “mortis causa” no se pueden efectuar disposiciones que directa o indirectamente disminuyan el valor de de la adquisición. En todo caso, de efectuarse la transmisión lucrativa habría que interpretarla de acuerdo a lo establecido en la Resolución 2/1999 de 23 de Marzo de la Dirección General de Tributos relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del Impuesto de Sucesiones y Donaciones en materia de vivienda y empresa familiar.

Tercero. Con la **configuración del órgano de administración en el artículo 447 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital** en el que prevalece la figura del administrador como órgano unipersonal y se excluye la posibilidad de que exista un consejo de administración, se puede cumplir una de las exigencias que establece el artículo 4.8 de la Ley del Impuesto de Patrimonio para disfrutar de la exención prevista en dicha Ley, cual es, la efectividad de la función de dirección en la SLNE. Dicha exigencia se concreta según el Real Decreto 1704/1999 en su artículo 3 al exigir que la actividad se ejerza “de forma habitual, personal y directa” (artículo 21.1.a. del Texto Refundido) y en el artículo 4.2 d) precisando “que se considerarán funciones de dirección, que deberán acreditarse fehacientemente mediante el correspondiente contrato o nombramiento, los cargo de: Presidente, Director General, Gerente, Administrador, Directores de Departamento, Consejeros y miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente, siempre que el desempeño de cualquiera de estos cargos implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa”.

Como es sabido el cumplimiento de este requisito de la exención no obsta a que todos los miembros del grupo familiar disfruten de la exención porque, como aclara el artículo 4.8, dos, tercer párrafo de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio y añade también el Real Decreto 1704/1999 ya citado en el último párrafo del artículo 4.2. d):

“Cuando la participación de la entidad sea conjunta con alguna o algunas de las personas a las que se refiere el párrafo c) de este apartado, las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deberán cumplirse al menos en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención”.

Cuarto. En relación con lo anterior, se inscribe asimismo la **regulación, potestativa y flexible, de la retribución del administrador en el artículo 448.2 de la Ley de Sociedades de Capital** que venimos citando. Se puede cumplir así también el requisito de la función directiva efectiva. La exigencia se concreta en que el Administrador perciba por ello “una remuneración que represente más del 50% de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal. A efectos del cálculo anterior, no se computarán entre los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal los rendimientos de la actividad empresarial a la que se refiere el número 1 de este apartado”

es decir, como precisa el artículo 5.1 d) del Real Decreto 1704/1999: “no se computarán los rendimientos de actividades económicas cuyos bienes y derechos afectos disfruten de exención en este impuesto”. En consecuencia, la Junta General puede ajustar la retribución del administrador a las características fiscales del mismo y cumplir la Ley de Sociedades de Capital y la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio.

Quinto. En lo que se refiere a la configuración del **objeto social regulado en el artículo 436 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital**, ya hemos adelantado que el arrendamiento o la compraventa de bienes inmuebles pueden constituir el objeto de una sociedad familiar que adopte la forma de una SLNE. Para precisar si existe actividad económica o si se produce la afectación hay que estar a lo dispuesto por el artículo 4, ocho, dos de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio que se remite por su parte a la Ley 35/2006, reguladora del IRPF que, en su artículo 27.2, que establece:

“A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá que el arrendamiento o compraventa de inmuebles se realiza como actividad económica, únicamente cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que en desarrollo de la actividad se cuente, al menos, con un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión de la actividad.
- b) Que para la ordenación de aquella se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa”.

Piénsese que, al respecto, nada impide, en la legislación laboral, que la persona empleada sea un miembro del núcleo familiar, es decir, *“cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción”* y que la disponibilidad de un local, dado que no exige sea en propiedad, es perfectamente asumible en una sociedad de estas características.

Igualmente en cuanto al objeto social y relacionado con el aspecto anterior, se debe cumplir el requisito de que la entidad no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Esta es la exigencia más importante a cumplir puesto que de no hacerlo perdería los beneficios fiscales que ya hemos mencionado en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Observemos su regulación:

El artículo 4, ocho, apartado dos, de la Ley del Impuesto de Patrimonio entiende que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurren durante más de 90 días del ejercicio social cualquiera de las condiciones siguientes: que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas. Así el mencionado artículo 4.8, apartado dos permite tener hasta el 50% no afecto o constituido por valores (la Ley dice “más de la mitad”) no obstante esto supone que sólo el 50% del valor de las participaciones está exento dado que el referido artículo 4.8 dos de la Ley del Impuesto de Patrimonio, inciso final afirma:

“La exención sólo alcanzará al valor de las participaciones, determinado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 16.uno de esta Ley, en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad

empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad...”.

Para precisar si existe actividad económica o si se produce la afectación hay que estar en a lo dispuesto también por el artículo 4, ocho, dos que se remite por su parte a la Ley del IRPF en su artículo 27.2 que ya hemos transcrito anteriormente.

Es importante destacar, que el artículo 4, ocho, dos de la Ley del Impuesto del Patrimonio precisa tanto los supuestos en que no hay afectación y por tanto se pierde la exención como aquellos supuestos especiales en que se considera que sí hay afectación, como, por ejemplo, los bienes poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias, u otros elementos del activo que no se consideran afectos como los que incorporan derechos de crédito, los poseídos por sociedades de valores o los que otorguen el 5% de derechos de voto en sociedades participadas.

En lo que se refiere al futuro desarrollo de la Sociedad, ésta puede transformar su personalidad jurídica modificando los Estatutos mediante la oportuna escritura pública, por ejemplo convirtiéndose en Sociedad Limitada, según lo dispuesto en el artículo 454 de la Ley de Sociedades de Capital para lo cual requerirá simplemente un acuerdo por mayoría ordinaria de la junta general y adaptar los estatutos a lo exigida para una Sociedad de dicha naturaleza.

Sexto. El Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para el fomento de la inversión y la creación de empleo, incorpora una serie de medidas que, por su trascendencia práctica, merecen ser destacadas a efectos de la constitución de sociedades en general y en concreto su artículo 5 establece **medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles de capital, en particular en lo que se refiere a la constitución por medios telemáticos de sociedades de responsabilidad limitada** que son, en un todo, aplicables a la SLNE y que permiten en un tiempo récord, inscribir la Sociedad en el registro Mercantil.

En este sentido, se ha reducido el coste fiscal de la Constitución de la Sociedad SLNE, y del resto de sociedades, al haber quedado exenta del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Operaciones Societarias, en virtud del artículo 3 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre que modifica su Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

Al respecto se establece lo siguiente:

“Se modifica el artículo 45.I.B).11 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que queda redactado de la siguiente forma:

«La constitución de sociedades, el aumento de capital, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital y el traslado a España de la sede de

dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea»”.

En consecuencia ninguna sociedad de capital y en particular las SLNE deben pagar el impuesto de operaciones societarias por su constitución.

Igualmente el artículo 4 del Decreto-Ley 13/2010, modifica la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación suprimiendo el carácter obligatorio de la afiliación a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y con ello se produce la desaparición del recurso cameral permanente como tributo, pasando a ser una cuota voluntaria que pagan únicamente los comerciantes, industriales o nautas que de forma voluntaria se afilien a dichas Instituciones. Así se establece en la nueva redacción del artículo 13 de la Ley 3/1993, de Cámaras:

“Artículo 13. Obligación de pago y devengo de la cuota cameral.

Estarán obligados al pago de la cuota cameral quienes ejerzan las actividades del comercio, la industria o la navegación a que se refiere el artículo 6 y decidan libremente pertenecer a una Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación”.

Por lo tanto, tampoco las sociedades de capital incluidas las SLNE deberán pagar el llamado Recurso Cameral Permanente.

Séptimo. La **Disposición Adicional Segunda del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, establece la tributación de la transmisión de participaciones sociales.** La cuestión tiene su relevancia porque el artículo 444 de esta Ley al establecer los requisitos subjetivos en la transmisión de las participaciones sociales prevé la posibilidad de sucesivas transmisiones. Así, prevé que se puede alcanzar el número de cinco socios como consecuencia de dichas transmisiones (artículo 444.1) y que la transmisión voluntaria *“inter vivos”* sólo puede hacerse a favor de personas físicas (artículo 444.2). Pero el aspecto más importante, es lo dispuesto en el artículo 444.3 cuando se afirma: *“Si fueran adquiridas participaciones sociales por personas jurídicas, deberán se enajenadas a favor de personas físicas en el plazo de tres meses, contados desde la adquisición”*. Si no se hace así se produce *“ope legis”* la transformación en Sociedad Limitada sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores al no haber adaptado los Estatutos Sociales.

Se trata, como señalamos más arriba, de una de las manifestaciones del carácter personalísimo de la SLNE, que sólo puede estar constituida por personas físicas. Por otra parte, es lógica esta exigencia, porque no tiene sentido que en una estructura social de estas características se integre una persona jurídica. En el caso de que la SLNE sea el vehículo jurídico de una sociedad familiar, aún tiene menos sentido que se integre en la misma una persona jurídica, desnaturalizándose así el modelo. Por otra parte, el artículo 444.3 de la Ley de Sociedades de Capital, quizá sin pretenderlo, permite *“aparcar”* durante tres meses participaciones sociales de una sociedad cuya recuperación se puede pactar mediante una cláusula de *“retroventa”* con la finalidad que se apetezca por parte de los titulares de la SLNE. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que se intente un embargo u otras medidas cautelares por deuda pendientes sobre las

participaciones que, en el momento de la ejecución se encuentren “depositadas” en la persona jurídica. A nuestro juicio, esta posibilidad no se debía haber incluido en la Ley, debiéndose haber establecido, lisa y llanamente la prohibición de transmitir las participaciones a personas jurídicas.

En cuanto al régimen fiscal en concreto, la adicional citada se limita a remitirse al establecido para la transmisión de valores en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Esto significa, en síntesis, que la transmisión está exenta del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y del IVA siempre que esta transmisión no suponga la transmisión encubierta de bienes inmuebles, circunstancia que se considera producida cuando de forma directa o indirecta el activo de la Sociedad esté constituido en más de un 50% por bienes inmuebles o de derechos que permitan el control de dicho activo. Al respecto señala el artículo 108.2.a):

“Cuando los valores o participaciones transmitidos o adquiridos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50 % por inmuebles situados en territorio español, o en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50 % por inmuebles radicados en España, siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades o, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas”.

En estos casos, pues, se producirá la tributación efectiva por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales o por el IVA.

Octavo. La **simplificación en el cumplimiento de los requisitos de constitución** de la SLNE se amplía, en lo que se refiere al ámbito tributario, en la **Disposición Adicional Tercera del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital**. En concreto destacaremos los siguientes aspectos:

La creación de un Documento Único Electrónico que vehicula la información que van a exigir las administraciones públicas. Así lo establece el primer apartado de la adicional que analizamos:

“El Documento Único Electrónico (DUE) es aquel en el que se incluyen todos los datos referentes a la sociedad nueva empresa que, de acuerdo con la legislación aplicable, deben remitirse a los registros jurídicos y las Administraciones públicas competentes para la constitución de la sociedad y para el cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social inherentes al inicio de su actividad”.

Uno de los aspectos novedosos en la configuración de la SLNE es la posibilidad prevista de que sean los socios fundadores los que se encarguen personalmente de la tramitación del DUE ya mencionado lo que puede suponer otro ahorro en los costes de constitución. Al efecto dispone el apartado tercero de la presente adicional:

“De conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 440, los socios fundadores de la sociedad nueva empresa podrán manifestar al notario, previamente al otorgamiento de la escritura de constitución, su interés en realizar por sí mismos los trámites y la comunicación de los datos incluidos en el DUE o designar un representante para que lo lleve a efecto, en cuyo caso no será de aplicación lo establecido en la presente disposición adicional”.

Igualmente hay que subrayar la regulación de los llamados PAIT, es decir los “puntos de asesoramiento e inicio de tramitación” que pueden contribuir mucho al objetivo de simplificar y flexibilizar la constitución de la SLNE y que se regulan en el apartado 5 de esta adicional:

“La Administración General del Estado, a través del Ministerio de Economía y Hacienda, podrá celebrar convenios de establecimiento de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT) de las sociedades nueva empresa con otras Administraciones públicas y entidades públicas o privadas. Los puntos de asesoramiento e inicio de tramitación serán oficinas desde las que se podrá solicitar la reserva de denominación social a que se refiere el apartado segundo del artículo 440 y se asesorará y prestarán servicios a los emprendedores, tanto en la definición y tramitación administrativa de sus iniciativas empresariales como durante los primeros años de actividad de las mismas, y en ellos se deberá iniciar la tramitación del DUE. En los convenios se establecerán los servicios de información, asesoramiento y tramitación que deben prestarse de forma gratuita y los de carácter complementario que pueden ofrecerse mediante contraprestación económica”.

Al cumplimiento del mismo objetivo se dirige la utilización de las ventanillas únicas empresariales ya existentes para la constitución de la SLNE, prevista también en el apartado 5 de la adicional:

“Los centros de ventanilla única empresariales creados al amparo del Protocolo de 26 de abril de 1999 mediante los correspondientes instrumentos jurídicos de cooperación con Comunidades Autónomas y Entidades Locales podrán realizar las funciones de orientación, tramitación y asesoramiento previstas en la presente ley para la creación y desarrollo de sociedades Nueva Empresa”.

Noveno. En lo que concierne a la fiscalidad, la **Disposición Adicional Cuarta del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, articula la colaboración social** mediante la suscripción de convenios con los profesionales y los Colegios que están involucrados directamente en la constitución de sociedades, como afirma su apartado primero:

“Las Administraciones tributarias podrán hacer efectiva la colaboración social prevista en el artículo 92 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, así como en otras normas que la desarrollen, en la presentación de declaraciones, comunicaciones u otros documentos tributarios relacionados con la constitución e inicio de la actividad de la sociedad Nueva Empresa, a través de convenios celebrados con el Consejo General del Notariado, el Colegio de Registradores de la Propiedad,

de Bienes Muebles y Mercantiles de España y otros colegios profesionales, así como las cámaras de comercio y los puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT)”.

Décimo. La **Disposición Adicional Sexta del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital prevé todo un régimen de aplazamientos y fraccionamientos** de carácter privilegiado en los impuestos que afectan a la actividad empresarial de las SLNE.

Al respecto, la operatividad del primer apartado de esta adicional, ha quedado sin eficacia desde el momento en que, como hemos indicado más arriba, el artículo 3 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, ha declarado exenta la constitución de sociedades como hecho imponible del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en su modalidad de operaciones societarias.

Sin embargo, el resto de medidas son incentivos fiscales muy importantes a favor de que las sociedades familiares se configuren como SLNE. Así hay que poner de relieve la novedad del privilegio que se concede a estas sociedades de obtener mediante solicitud el aplazamiento de las dos primeras liquidaciones del impuesto de Sociedades que deberán ingresarse *“a los 12 y seis meses, respectivamente, desde la finalización de los plazos para presentar la declaración-liquidación correspondiente a cada uno de dichos períodos”* según lo que dispone el apartado primero de la adicional.

En este mismo apartado se prevé, igualmente previa solicitud y sin garantías el aplazamiento y fraccionamiento: *“de los ingresos por de retenciones o ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que se devenguen en el primer año desde su constitución”*.

Por último, también se concede en el apartado de esta adicional a las SLNE el privilegio de no ingresar los pagos fraccionados del Impuesto de Sociedades a los que se refiere el artículo 45 del Texto Refundido que regula dicho impuesto correspondientes a los dos primeros periodos impositivos, pudiendo ingresar, por tanto, directamente la deuda tributaria sin adelantar dichos pagos.

5. Conclusiones

Visto el anterior marco normativo, creemos que para la promoción de la sociedad familiar en el ámbito de la pequeña y mediana empresa deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones y sería necesario, desde una perspectiva de *“lege ferenda”*, adoptar las siguientes medidas:

1.- Valoración general. El cuadro general de incentivos fiscales, facilidades y simplicidad de requisitos que hemos descrito no tiene parangón con ningún otro régimen societario. Por lo tanto es altamente recomendable que las sociedades familiares que estén en los límites que fija la Ley de Sociedades de Capital se constituyan como SLNE.

2.- Por lo que acabamos de señalar creemos que resulta especialmente lesivo para dicho objetivo, el límite máximo de capital establecido para la SLNE y fijado en 120.202 €. Hoy en día esta cantidad resulta excesivamente pequeña y limita en exceso el ámbito empresarial que puede beneficiarse de las ventajas establecidas para dicha sociedad.

3.- Debe suprimirse la exigencia de que todo el capital social esté desembolsado en aportaciones dinerarias. Esto impide que sea posible aportar activos que ya existan y que, sin embargo, lo cual puede facilitar mucho el inicio de la actividad, como por ejemplo, un local, un nombre comercial o determinada maquinaria. No se entiende bien porqué se establece dicha exigencia que, sin embargo, no deben cumplir otras fórmulas societarias.

4.- La SLNE ya tiene suficientes beneficios fiscales y facilidades en el momento de su nacimiento, ahora lo que es necesario es que los mantenga en el momento de su desarrollo. Es decir, una vez iniciada la actividad donde se deben concentrar las ayudas es en los primeros años de crecimiento. Por eso consideramos que se debe estudiar un tipo superreducido del Impuesto de Sociedades para esta clase de entidades con un límite temporal, por ejemplo, los primeros cinco periodos impositivos. El porcentaje actualmente aplicable para las empresas de reducida dimensión, 20% (para las bases imponibles entre 0 y 120.202,4 €), siempre que mantengan el empleo y cumplan los demás requisitos establecidos en el Capítulo XII, del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, es demasiado elevado aún.

5.- Lo mismo podemos decir, respecto de las obligaciones formales. Durante el mismo lapso de tiempo (cinco años) deberían simplificarse al máximo, las obligaciones a las que se refiere en general, el artículo 29 de la Ley General Tributaria, Ley 58/2003 y su desarrollo en los artículos 2 a 58 del Reglamento de Gestión e Inspección aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, además de las que se prevén en cada uno de los impuestos en particular. Como línea de actuación debería seguirse la establecida con la implantación de los puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT) prevista en la Disposición Adicional Quinta de la Ley de Sociedades de Capital para que tuviera carácter permanente para las entidades constituidas como SLNE.

EL CONCURSO DE ACREEDORES DESDE LA ÓPTICA DE LA SOCIEDAD FAMILIAR

Pablo Arraiza Jiménez
p.arraiza@poderjudicial.es

Magistrado Titular del Juzgado Mercantil nº 1 de León

fecha de recepción: 15/03/2011
fecha de aceptación: 02/05/2011

Resumen

El concurso de acreedores constituye una institución mixta de derecho mercantil y procesal que tiene por objeto la salvaguarda del patrimonio social o masa con la finalidad de permitir a los acreedores de una sociedad en situación de insolvencia obtener el cobro de sus créditos en la mayor medida posible, ya sea mediante la suscripción de un convenio que tienda a permitir la supervivencia de la empresa como medio de obtención de los recursos precisos para hacer frente al pago, ya sea mediante la instauración de un proceso liquidatorio que partiendo de una disolución ordenada de la sociedad, contemple la satisfacción de los acreedores de acuerdo con un orden de prelación determinado por una jerarquización crediticia construida sobre la base de la mayor preeminencia de determinados grupos de acreedores caracterizados por la relevancia social de los sujetos que integran cada grupo.

La institución del concurso de acreedores viene actualmente regulada en la Ley 22/2003 de 9 de julio, inspirada en el principio de unidad de disciplina como expresamente reconoce la Exposición de Motivos de esta Ley, la cual somete a un mismo régimen normativo a la totalidad de las situaciones concursales, con independencia de que afecten a personas físicas o jurídicas, comerciantes o no. En tal contexto, las singularidades que por su idiosincrasia interna presenta la sociedad familiar tienen su reflejo en la regulación y el desarrollo del concurso de acreedores, en cuestiones tan relevantes como la génesis y virtualidad de la decisión de instar la declaración de concurso voluntario ante el Juzgado de lo Mercantil, la calificación de los créditos de los socios, su intervención en la junta de acreedores, la solicitud de la apertura de la fase de liquidación, o la calificación del concurso.

Palabras clave: Ley Concursal; Concurso; Solicitud; Junta; Administración; Socios; Créditos, convenio; Liquidación; Calificación.

Abstract

The bankruptcy constitutes a mixed institution of commercial and procedural law that takes as an object the safeguard of the social heritage or mass with the purpose of allowing to the creditors of a company in situation of insolvency obtain the collection of his credits in the major possible measure, already be by means of the subscription of an agreement that tends to allow the survival of the company as way of obtaining of the precise resources to face to the payment, already be by means of the restoration of a liquidation process that departing from a dissolution been ordained as the company, contemplate the satisfaction of the creditors of agreement with an order of marshalling determined by a credit hierarchical organization constructed on the base of the major preeminence of certain groups of creditors characterized by the social relevancy of the subjects who integrate every group.

The institution of the bankruptcy comes nowadays regulated in the Law 22/2003 of July 9, inspired by the beginning of unit of discipline as expressly it recognizes them the Exposition of reasons of this Law, which submits to the same normative regime to the totality of the situations compete for them, with independence of which they affect natural or juridical persons, merchants or not. In such a context, the singularities that for his internal idiosyncrasy the familiar company presents have his reflection in the regulation and the development of the creditors' contest, in questions as relevant as the genesis and virtuality of the decision of urging the declaration of voluntary bankruptcy before the Judge of the mercantile thing, the qualification of the credits of the partners, his intervention in the creditors' meeting, the request of the opening of the phase of liquidation, or the qualification of the bankruptcy.

Keywords: Insolvency Law; Bankruptcy; Application for insolvency proceedings; Creditors' meeting; Administrators; Partners; Credits; Insolvency agreement; Winding-up; Qualification.

1. De la solicitud de declaración de concurso

El artículo 1 de la Ley Concursal recoge como presupuesto subjetivo del concurso, además de la herencia, a toda persona ya sea física o jurídica, siempre y cuando lo sea de derecho privado, pues como expresa su apartado tercero, "no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público".

Y respecto de la legitimación para instar el concurso contempla el artículo 3 tanto al deudor, en cuyo caso tiene la consideración de concurso voluntario, como a cualquiera de sus acreedores, supuesto que recibe la denominación de concurso necesario (artículo 22). Tanto en un supuesto como en otro las peculiares relaciones de la sociedad familiar pueden tener su trascendencia, a saber:

1.1. Concurso voluntario

En tal supuesto, dispone el artículo 3.1.II que “Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación”. Dicha norma contempla un supuesto contradictorio y en todo caso dotado de mayor laxitud que el contemplado en el artículo 365.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), conforme al cual “Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso”, precepto del que se colige que sólo sería competente para adoptar la decisión de solicitar la declaración judicial de concurso la junta general de la sociedad, sin que el hecho de no figurar tal competencia entre las relacionadas como exclusivas de la junta en el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital obste a tal conclusión, atendida la cláusula residual recogida en el apartado i) del precepto, por referencia a cualesquiera atribuciones competenciales recogidas en la Ley o en los estatutos sociales.

Y de manera similar sucede con la competencia para instar la apertura de la fase de liquidación, dado que el artículo 142 de la Ley Concursal legitima al “deudor” para solicitar la liquidación, petición de gran trascendencia pues de un lado resulta vinculante para el juez del concurso (artículo 142.3 de la LC), y de otro lado de la apertura de dicha fase se deriva como consecuencia la disolución de la sociedad (artículo 145.3 de la LC). Y la práctica de los juzgados de lo mercantil no viene exigiendo un acuerdo expreso de la junta general para dar plena validez a la solicitud presentada por la representación procesal de la sociedad deudora en el concurso (la cual habrá sido conferida por el órgano de administración de acuerdo con el artículo 3.1.II de la LC), en la medida en que no se contiene previsión específica alguna al respecto en la Ley Concursal, y ello pese a que como se ha dicho la misma obligará al juez del concurso a acordar la apertura de la liquidación, y que esta implicará la disolución de la sociedad, lo que permitiría eludir el régimen de competencia exclusiva de la junta general para acordar la disolución recogido en el artículo 160.g) de la Ley de Sociedades de Capital.

En el ámbito de la sociedad familiar la peculiar atribución competencial contenida en la Ley Concursal de la legitimación para la adopción de la decisión de presentar ante el juzgado de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso puede servir para introducir un elemento de rigidez innecesaria, en la medida en que si existe conflicto por razón de las propias relaciones familiares que de manera inevitable van a trascender a la sociedad, la frecuente previsión estatutaria en dicho tipo de sociedades de órgano de administración mancomunado de dos miembros o grupos al 50% impediría que la sociedad pudiera ser declarada en concurso voluntario si uno de los dos administradores se opusiera a ello injustificadamente, pese a las graves consecuencias que de tal situación de bloqueo se pudieran derivar para la sociedad, ya sea por la posibilidad de ser declarada en situación de concurso necesario a instancia de sus acreedores (artículo 7 LC), con la consecuencia inherente de pérdida de las facultades de administración y disposición del patrimonio social (artículo 40.2 LC), ya sea por el riesgo de calificación del concurso como culpable por incumplimiento del deber de solicitar su declaración,

atendida la presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave recogida en el artículo 165.1 de la Ley Concursal.

De lo anterior se desprende como buena práctica de previsión de conflictos en el funcionamiento de la sociedad familiar, además de la redacción de un protocolo familiar, la configuración de un órgano de administración dotado de suficiente grado de flexibilidad en su funcionamiento como para evitar la situación antes descrita, ya sea mediante un sistema de administración solidaria, ya sea mediante la previsión de un consejo de administración en el que la decisión se adopte de forma colegiada y por mayoría simple.

1.2. Concurso necesario

En el contexto de dicha modalidad concursal, caracterizada por la solicitud realizada por los acreedores y la suspensión de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio social, nuevamente se erige la particular naturaleza de la sociedad familiar, en la medida en que el artículo 184.7 de la LC permite emplazar a la sociedad deudora contra la que se dirige una solicitud de declaración de concurso necesario a través no sólo de sus administradores, sino también de sus apoderados, lo que introduce una muy significativa vía de elusión de todo atisbo de rigidez derivado de la existencia de una situación de bloqueo en el órgano de administración, dado que de conformidad con el artículo 18.1 de la Ley Concursal "En el caso de admisión a trámite de la solicitud, si el deudor emplazado se allanase a la pretensión del solicitante o no formulase oposición en plazo, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores", de manera que cualquiera de los integrantes del órgano de administración, incluso en un sistema de tipo mancomunado, y también un apoderado que no ostentara cargo alguno en la sociedad, podría valerse de la colaboración de un acreedor coadyuvante que instara el concurso necesario de la deudora y propusiera su emplazamiento a través de aquel. Transcurrido el plazo conferido para la comparecencia ante el juzgado sin formular oposición a la solicitud de concurso necesario, el juez vendrá obligado a declararlo, incluso aún en el supuesto de no existir constancia de la concurrencia del presupuesto objetivo de la situación de insolvencia de la sociedad requerida.

El mecanismo referido incluso podría permitir al administrador que está detrás de la solicitud de declaración de concurso necesario hacerse con la gestión de la sociedad, arrebatándosela al grupo accionario opositor, en la medida en que en aquellos concursos de acreedores de sociedades cuyo pasivo supera el límite de los 10 millones de euros, la Ley Concursal prevé la aplicación de un procedimiento ordinario caracterizado por la designación de una administración concursal tripartita integrada además de por dos profesionales respectivamente de áreas jurídica y económica, por un acreedor (artículo 27.1.3), y la práctica judicial revela que en los supuestos de concurso necesario ordinario el juez del concurso tiende a designar como administrador concursal acreedor a aquel que ha instado el concurso, ante la falta de criterios legales de selección del acreedor que debe ostentar dicho cargo, y como una solución de compensación del escaso premio que representa el reconocimiento de un privilegio general del 25% del crédito del acreedor instante previsto en el artículo 91.6 de la Ley Concursal.

2. De las relaciones laborales

2.1. Extinción colectiva de contratos

Una de las más relevantes novedades que en el universo normativo del derecho concursal introdujo la Ley 22/2003 de 9 de julio es sin duda la atribución de competencias propias del derecho laboral a los Juzgados de lo Mercantil, órganos de nuevo cuño integrantes de la más amplia jurisdicción civil aunque especializados en el conocimiento de determinados grupos de asuntos asociados al derecho mercantil, y con un peso específico al derecho concursal.

Tanto el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 8 de la Ley Concursal limitan tales competencias de índole laboral a los supuestos de extinción y suspensión de contratos y modificación sustancial de las condiciones de trabajo que tengan carácter colectivo, y el artículo 64 de la Ley Concursal regula el específico procedimiento del que debe conocer el juez del concurso y que si bien está inspirado en el expediente de regulación de empleo cuyo conocimiento corresponde a la Administración, tiene relevantes particularidades cuando se tramita ante el Juzgado de lo Mercantil, lo que sucederá en aquellos supuestos en que, teniendo la medida carácter colectivo como se dijo, afecte a una sociedad mercantil declarada en situación de concurso de acreedores.

Ello no obstante, son comunes al ERE administrativo los problemas a los que viene asociada la naturaleza familiar de la sociedad implicada, en particular la controversia que suscita en la práctica la condición del socio que a su vez es asalariado de la sociedad, acaso con cierta frecuencia como vía subrepticia de enmascarar dividendos bajo la apariencia de rentas del trabajo con una eminente finalidad de obtención de una ventaja fiscal, por razón de la ausencia de una efectiva prestación de trabajo por cuenta ajena. En la tramitación de tales expedientes en el ámbito del proceso concursal viene siendo además una constante la permanencia de los trabajadores integrantes del capital social y el reconocimiento como bases del cálculo de la indemnización por despido, cuando resultan afectados en su caso por una medida extintiva, de antigüedades y salarios que no siempre resultan conformes con la realidad, y que topan con la oposición del Fondo de Garantía Salarial en su condición de ente subsidiariamente responsable del pago de los créditos laborales de la concursada.

2.2. Personal de alta dirección

Se trata la referida de una relación laboral especial con regulación específica (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto) de frecuente presencia en la sociedad familiar, y que se caracteriza por la elevada cuantía de la denominada "cláusula de blindaje" en cuya virtud la gran relevancia que a la aportación del alto directivo se reconoce a nivel retributivo tiene también su manifestación en las condiciones contractuales de rescisión del contrato de trabajo que le liga a la sociedad. Como ejemplo de dicha relación dotada de un elevado grado de notoriedad cabe citar el caso Gullón, empresa galletera con gran cuota de mercado pero de estructura familiar, cuyo Director Gerente, titular del 16% del capital social, fue objeto de despido improcedente y obtuvo sentencia favorable del

juzgado de lo Social nº 2 de Palencia de 6 de abril de 2010, ratificada por la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 21 de julio de 2010, y en la que se imponía a la compañía la obligación de acordar la readmisión del trabajador o el abono al mismo de una indemnización cifrada en 8.239.832,60 euros.

Pues bien, las referidas cláusulas de blindaje vienen a representar en la práctica una pesada losa que cercena toda posibilidad de salida de la sociedad del alto directivo, pese a la existencia de un conflicto familiar que bloquea la gestión social e impide a esta un normal desenvolvimiento de las relaciones societarias. Esta situación, no obstante, en el concurso de acreedores encuentra una adecuada solución, siempre en interés de la masa, cuando en su artículo 65 la Ley Concursal prevé que durante la tramitación del concurso la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, pueda extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección, y en el primer caso pueda el juez del concurso moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con la posibilidad añadida de suspensión del pago de la que en su caso proceda hasta tanto sea firme la sentencia de calificación, con la finalidad de poder compensar el crédito correspondiente con una eventual condena, en caso de concurso culpable, a la pérdida de los derechos reconocidos frente a la sociedad concursada.

3. De la clasificación de los créditos

En el desarrollo del procedimiento concursal buena parte del trabajo que en el mismo realizan sus intervinientes y del tiempo que ocupa su tramitación se destina a la elaboración del informe de la administración concursal, en el que entre otros particulares se contienen como documentos más relevantes, de un lado, el inventarios de bienes y derechos de la sociedad en concurso y, de otro, la lista de acreedores. Y en esta última se proyectan las más importantes peculiaridades de la sociedad familiar, y ello en la medida en que la concentración del capital que la caracteriza, con la detentación de las acciones o participaciones sociales por los diversos miembros del grupo familiar, comporta muy negativas consecuencias en términos de clasificación crediticia, en la medida en que el artículo 92.5 de la Ley Concursal subordina "Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente". Y al respecto el artículo 93.2.1 reputa persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica "Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5 % del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera".

Y desde luego la consecuencia de la subordinación no es baladí, pues de un lado el artículo 122.1.1 de la LC priva del derecho a voto en la junta de acreedores a aquellos cuyo crédito haya sido clasificado con el carácter de subordinado en el informe definitivo de la administración concursal, e igualmente el artículo 134.1 hace vinculante el contenido del convenio en su caso aprobado, con la particularidad de no iniciarse el pago de sus créditos hasta tanto hayan sido satisfechos los calificados como ordinarios. Y

de otro lado, en caso de no prosperar la solución convencional y que haya resultado precisa la apertura de la fase de liquidación, de acuerdo con el artículo 158.1 de la LC “el pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios”, siendo así que a su vez el artículo 157.1 dispone que el pago de estos últimos “se efectuará con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados”.

Las anteriores consideraciones constituyen sin duda un obstáculo importante para la capitalización de la sociedad familiar, en la medida en que aquellas aportaciones realizadas por socios que aglutinen al menos un 10% de las acciones, en el caso de sociedades no cotizadas, vendrán llamadas a integrar un crédito subordinado, con la práctica total garantía de la imposibilidad de su cobro en el concurso. Es por ello que con el fin de evitar tan gravosas consecuencias, que en un número importante de supuestos carecen de toda justificación, el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal, actualmente pendiente de tramitación parlamentaria, acomete una modificación del artículo 92.5 de la Ley Concursal de gran trascendencia, cuando exceptúa de la subordinación del crédito de persona especialmente relacionada con el deudor a los créditos diferentes de los préstamos o actos equivalentes de los que sean titulares los socios.

Asimismo, la proyectada reforma puede tener una gran relevancia para los integrantes de la sociedad familiar en la medida en que prevé introducir una importante matización en el concepto de persona especialmente relacionada con el concursado recogido en el artículo 93.2.1 cuando tras definir como tal a los socios que sean titulares de préstamos o actos equivalentes, exceptúa el supuesto en el que “el acreedor demuestre que en aquél momento, carecía de capacidad de influencia en la gestión de la sociedad”, lo que permitirá a los socios que pese a superar un 5 o un 10% del capital social, según los supuestos, no titulen una porción suficiente como para dirigir la sociedad o condicionar sus decisiones, lo que resulta ciertamente frecuente en aquellas sociedades familiares en las que el capital se divide entre varios de sus miembros sin que ninguno de estos titule una porción relevante de acciones o participaciones.

Asimismo, la especial relación con la concursada de los socios tiene contemplada en la Ley Concursal una relevante incidencia en la regulación de las denominadas acciones de reintegración, cuyo objeto reside en la posibilidad de rescisión de aquellos actos o negocios jurídicos realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha del auto de declaración de concurso que representen un perjuicio para el patrimonio de la concursada, y por tanto para los acreedores. Dicho perjuicio obviamente debe acreditarse por la administración concursal, pero en atención a la dificultad que con frecuencia entraña su justificación el artículo 71 contempla varias presunciones cuya concurrencia permite a aquella liberarse de dicha carga, una de las cuales consiste precisamente en la condición de socio especialmente relacionado con la concursada. Así lo indica el artículo 71.3.1 cuando expresa que “salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, lo que supone que –de forma excepcional– pasa a recaer sobre el propio

socio la carga de la acreditación de la ausencia de perjuicio para la masa derivado del acto o negocio jurídico celebrado con la concursada, de forma que en caso de no poder hacerlo la acción rescisoria prosperará, con la consecutiva obligación del socio, conforme al artículo 73.1 de la Ley Concursal, de restituir las prestaciones que hubiere recibido de la sociedad en virtud de dicho acto o negocio, o en caso de no resultar ello posible, su equivalente pecuniario, en todo caso con los correspondientes frutos e intereses.

4. Del convenio

Ya se ha tenido oportunidad de anticipar las consecuencias que de la condición de socio de algunos de los acreedores de la concursada, en particular aquellos que ostenten un determinado porcentaje del capital social, se derivan para la tramitación de aquella fase que tiene por objeto tratar de alcanzar un acuerdo con los acreedores que de forma inmediata propenda a la salvación, y en su caso reestructuración, de la empresa en crisis, y de forma mediata, a través de estas, permita a aquellos la satisfacción de sus créditos.

Y a las consideraciones ya realizadas sobre la privación de derecho de voto del socio cuyo crédito haya sido calificado como subordinado y sobre la vinculación del contenido del convenio, pese a no haber tenido oportunidad de intervenir en la junta ni de oponerse a su aprobación, debe añadirse el trato beneficioso que el acreedor subordinado recibe en la regulación de la modalidad anticipada de propuesta de convenio contenida en los artículos 104 a 110 de la Ley Concursal. Y ello en la medida en que, cuando el artículo 106.1 indica los requisitos de contenido que debe reunir para su admisión a trámite, y en particular la necesaria adhesión inicial de acreedores que titulen una vigésima parte del pasivo presentado por el deudor, o incluso de la décima parte en caso de incorporarse la propuesta de convenio a la propia solicitud de declaración de concurso, no discrimina por razón del tipo de crédito que titulan los acreedores que apoyan la propuesta. Esto puede merecer especial trascendencia, en la medida en que la práctica judicial revela que la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio suaviza la postura de la administración concursal, en orden al eventual ejercicio de acciones de reintegración o de solicitud de adopción de medidas cautelares de embargo preventivo al amparo del artículo 48.3 de la Ley Concursal, de forma que ante el razonable temor de frustrar una posibilidad de salvación de la continuidad de la empresa opta por diferir el empleo de aquellas herramientas al eventual resultado infructuoso de la vía convencional iniciada de manera anticipada por la concursada.

5. De la sección de calificación

El artículo 163 de la Ley Concursal establece que “Procederá la formación de la sección de calificación del concurso:

- Cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años.
- En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación”.

Ello supone que no todo concurso da lugar a la formación de la sección de calificación, sino que sólo se procede en tal sentido en aquellos supuestos de apertura de la sección de liquidación y en aquellos otros de convenio que contemple unas ventajas limitadas al deudor.

Y añade el precepto que el concurso se calificará como fortuito o como culpable. Una u otra calificación vendrá determinada por los dos únicos sujetos legitimados como parte en el concurso para peticionar la culpabilidad del concurso, la administración concursal y el Ministerio Fiscal, y la misma exigirá la acreditación de la concurrencia del presupuesto de culpabilidad definido en el artículo 164.1, a cuyo tenor “el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho”. Ello significa que la culpabilidad puede declararse tanto por un amplio arco de comportamientos que oscilan desde la actitud intencional y maliciosa dirigida a destruir a la empresa hasta conductas caracterizadas por un escaso nivel de diligencia en la gestión de los negocios sociales.

Y en el ámbito de la sociedad familiar se llegan a presenciar en la práctica comportamientos del primer extremo referido, lo que se explica por la frecuente traslación de la crisis familiar a la crisis empresarial, situación que no sólo se concreta en la negativa incidencia de la problemática personal en el desarrollo de los negocios sociales, sino que –en ocasiones– el desencuentro familiar desencadena un deliberado hundimiento de la empresa. Así, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de León tramitó una sección de calificación en el concurso de una sociedad familiar cuyo capital social era detentado por un matrimonio, en el que el cónyuge varón titulaba el 20% de las participaciones y su esposa el 80% restante, pese a que era el primero quien administraba la sociedad y quien ostentaba su titularidad material. Y la incidencia de la crisis matrimonial sufrida por los socios en la empresa resultó ser devastadora, pues tras atravesar aquella el más intenso grado de acritud concretado en un proceso penal por violencia de género, el esposo, condenado en este último, proyectó su venganza hacia la sociedad, de la que su ya ex cónyuge era como se ha visto socia mayoritaria, con el fin de perjudicar a esta, y privó a aquella de su único cliente, la promotora inmobiliaria de propiedad familiar que le encargaba los trabajos a la sociedad concursada, y sin la que carecía de la menor capacidad de actividad, lo que desencadenó en la total pérdida de ingresos y la entrada de la sociedad en situación de insolvencia y posterior declaración de concurso de acreedores. La sentencia condenaba al cónyuge varón a hacer frente con su patrimonio personal el importe de los créditos reconocidos en el concurso no satisfechos en la liquidación con los bienes de la sociedad deudora, al amparo del artículo 172.3 de la Ley Concursal, precepto que contempla la mencionada sanción para aquellos ataques más intensos al deber de diligente administración de la sociedad impuesto en el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio.

Pero no es en modo alguno el anterior el único supuesto, ni obviamente tampoco el más habitual, de incidencia de las relaciones personales de los socios titulares del capital social en el equilibrio patrimonial de la sociedad. De hecho la hipótesis que con mayor

frecuencia se presenta ante los juzgados de lo mercantil en sede de tramitación de la sección de calificación concursal es el de una inadecuada formación empresarial de los propietarios de la sociedad, con especial reiteración en el supuesto habitual de entrega del testigo por parte del fundador de la sociedad a favor de sus hijos, así como también el desconocimiento de las obligaciones contables de los administradores sociales, la confusión, deliberada o no, del reparto de dividendos con la libre disposición de los fondos sociales, o la resistencia al cumplimiento del deber legal de solicitar la declaración de concurso en caso de insolvencia.

Efectivamente, uno de los supuestos más habituales de calificación del concurso culpable es la denominada "huida hacia adelante", esto es, aquel comportamiento de cerrazón en la continuidad de la empresa pese a haber ya quedado de manifiesto su inviabilidad. Se trata de un comportamiento que aún guiado por una genuina voluntad de salvación de la empresa, y en todo caso condicionado por la percepción de fracaso personal que para el socio familiar se desprende de la institución del concurso de acreedores, que incluso lleva a los socios o a sus administradores a hipotecar su patrimonio personal en garantía de los nuevos créditos contraídos, ha venido ya siendo duramente sancionado en la legislación societaria, en particular en 1989 por la Ley de Sociedades Anónimas. Así el artículo 262.5 de esta Ley responsabilizaba solidariamente de las deudas sociales a los administradores que incumplieran el deber de convocar junta para que acordara la disolución de la sociedad incurso en pérdidas que hubieran dejado reducido su patrimonio por debajo de la mitad de la cifra de capital social, solución a la que se sumó la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en 1995 (artículo 105.5) y finalmente la Ley de Sociedades de Capital en 2010 (artículo 367). Pues bien, la continuidad de la sociedad pese a su descapitalización viene siendo, como se decía, duramente sancionada con la justificación de la necesidad de preservar la seguridad del tráfico mercantil, seriamente amenazado por la pervivencia de sociedades insolventes, pues pese a que las cuentas anuales deberían ser depositadas en el Registro Mercantil, no siempre se cumple tal deber, ni tampoco puede considerarse común en la práctica comercial su consulta. Es por ello que resulta muy frecuente en la práctica la alegación de la buena intención reflejada en la continuidad bajo el apoyo financiero del socio, que avala con su patrimonio personal los nuevos créditos concedidos por cajas y bancos. Esta intención no puede ser cuestionada, pero no resulta suficiente para evitar la calificación de culpabilidad del concurso, la cual no tiene tanto en cuenta aquella como la diligencia en la administración de la sociedad, ante la amenaza que su omisión representa para la seguridad del tráfico mercantil.

Pero no es la llamada huida hacia adelante la única actitud estadísticamente asociada a la sociedad familiar que viene a traducirse con frecuencia en la calificación culpable del concurso, pues con similar habitualidad se presenta la carencia de conocimiento en área contable y la ausencia de un departamento de contabilidad integrado en la estructura societaria, lo que conduce con gran frecuencia a la contratación de servicios externos cuyo trabajo se suscribe en su integridad y sin objeciones por los socios en la junta de aprobación de las cuentas anuales elaboradas por el órgano de administración. Es cierto que la adulteración del libro de inventario y la partida de existencias en las cuentas anuales viene detectándose en la práctica como una inexactitud contable llevada a cabo de forma deliberada con la finalidad de obtención de una financiación bancaria que no

obtendría de presentar unas cuentas ajustadas a la realidad. Pero también es cierto que la contabilidad presenta con gran frecuencia errores o deficiencias que pasan desapercibidos para los socios o administradores, y que no obstante despliegan una potencial culpabilidad, en la medida en que el apartado segundo del artículo 164 contempla varias presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad, cuya concurrencia conduce a la calificación culpable del concurso, aún en el supuesto de acreditar los afectados que la situación de insolvencia no se generó ni agravó por su actitud dolosa o gravemente negligente. Así, entre ellas se encuentra, en el número 1, aquella en cuya virtud "el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara".

Además de los supuestos antes referidos viene frecuentemente asociada a las sociedades de tipo familiar una conducta de sustracción fraudulenta o de alzamiento de bienes que trae su causa u origen en una mal entendida percepción de la empresa como propia sin consideración de las consecuencias que para los acreedores se derivan de la entrada en una situación de insolvencia. Efectivamente, los apartados 4 y 5 del artículo 164.2 de la Ley Concursal contemplan como presunción de culpabilidad con carácter *iuris et de iure* el alzamiento del deudor con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores, la realización de cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación, o la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.

Y en la práctica judicial concursal se viene detectando con gran frecuencia la existencia de movimientos patrimoniales injustificados entre varias de las empresas pertenecientes a un mismo grupo familiar que, al no integrar en su objeto social la financiación ajena y representar una salida de activos en perjuicio de los acreedores, no sólo resultan susceptibles de reintegración en la masa de acuerdo con el artículo 71 de la Ley Concursal, sino que además se presentan como tributarios de la calificación culpable del concurso, con las graves consecuencias que en términos de responsabilidad de los administradores de la sociedad deudora se derivan para estos. Se trata en definitiva de recíprocas entregas dinerarias entre varias empresas que, presentadas bajo el velo de un legítimo grupo empresarial, viene a causar un injustificado perjuicio a los acreedores de la sociedad de la que provienen los fondos, quienes no tienen el deber jurídico de soportar una merma en las posibilidades de cobro de sus créditos como consecuencia de una actuación ajena al principio de obtención de lucro que como fin social debe presidir en todo caso la actuación de una sociedad de capital.

Además de los anteriores supuestos, ya dentro de las presunciones de dolo o culpa grave recogidas en el artículo 165 de la Ley Concursal, se incluye, además de la concerniente al incumplimiento del deber de formulación de las cuentas anuales, de su sometimiento a auditoría, o de depósito en el Registro Mercantil, a las que son de aplicación las consideraciones recogidas respecto del artículo 164.2.1 de la Ley Concursal, la relativa al incumplimiento del deber de solicitar la declaración judicial de concurso voluntario recogida en el artículo 5 de la Ley Concursal, en el que se fija para la observancia de tal

deber un plazo de dos meses desde el momento en el que los administradores conocieron o debieron conocer la situación de insolvencia de la concursada. Y es sin duda la composición mayoritariamente familiar del accionariado y su consecuente integración en el órgano de administración de la sociedad uno de los factores que con mayor frecuencia incide en la desatención de dicha obligación, lo que se explica, de un lado, por la errónea percepción que de la institución concursal ha provocado más de un siglo de legislación ineficaz e infructuosa y, de otro, el concentrado componente personal, moral y emotivo que caracteriza a la sociedad familiar. Estos factores, de manera conjunta, conducen a un sistemático rechazo primero al reconocimiento del fracaso empresarial, al venir directamente identificado con el fracaso personal, en la medida en que la sociedad familiar constituye de ordinario no sólo el único medio de vida de quienes la integran y dirigen, sino además su más íntimo sustento existencial y personal. Y segundo, un rechazo al concurso en sí mismo, como solución asociada a dicho fracaso y condenada a una irreversible situación de crisis empresarial, obviando las reales posibilidades de recuperación que los diferentes beneficios derivados de la declaración de concurso representan para una sociedad objetivamente viable.

Efectivamente, la solución de sometimiento a la empresa a concurso de acreedores constituye una decisión indudablemente difícil de adoptar, y a la que precede un largo y complejo proceso de valoración de pros y contras de tal decisión, y a la vez representa una de los elementos más conflictivos del asesoramiento empresarial, en la medida en que, por un lado, de no solicitar el concurso en plazo no sólo concurriría la citada presunción de dolo o culpa grave en la sección de calificación, sino que además la empresa corre el riesgo de ser objeto de declaración de concurso necesario a instancia de un acreedor, con la gravosa consecuencia de la pérdida de la administración y disposición del patrimonio empresarial de acuerdo con el artículo 40 de la Ley Concursal. Pero, por otro lado, la entrada de la sociedad en concurso representa un elevado riesgo de apertura de la sección de calificación, la cual únicamente puede ser eludida en el caso de aprobarse una propuesta de convenio que contenga una quita no superior al tercio de los créditos y/o una espera no superior a tres años. Y tal circunstancia no puede ser baladí a la vista de la realmente severa regulación de la sección de calificación en la Ley Concursal, en la que va más allá del enjuiciamiento de la relación causal entre la gestión social y la generación o agravación del estado de insolvencia, para erigirse en un auténtico juicio penal de reproche y prevención, tanto general como especial, del incumplimiento de ciertos deberes inherentes a la administración social, entre los que cobran gran protagonismo los deberes contables. De esta manera resulta realmente difícil encontrar un supuesto en el que una sociedad de ámbito familiar haya dado puntual y regular cumplimiento a la totalidad de los deberes legales que orbitan sobre quienes desempeñan el cargo de administrador, lo que explica el elevado porcentaje de concursos declarados culpables de entre aquellos en los que se ha procedido a la apertura de la sección de calificación.

Sobre las anteriores premisas, la suma de los factores de natural rechazo del empresario familiar a la figura del concurso y la dificultad que entraña un adecuado asesoramiento de la decisión más adecuada a adoptar, arroja como resultado la constatación con gran frecuencia, bien de la omisión de la presentación de la solicitud de concurso voluntario, con ulterior declaración a instancia de acreedores, bien de un importante retraso en

dicha solicitud, con base en una mal entendida premisa de equiparación a la opción procedente y diligente de la continuidad de la empresa fuera o de espaldas al concurso, pese a atravesar una situación de insolvencia actual, así como del recurso al concurso como una rendición indigna e incluso peyorativa para sus acreedores. Ello trae como consecuencia práctica el que, desde un punto de vista estadístico y cuantitativo, se presenta como el argumento en el que con mayor frecuencia se apoyan informes y sentencias de calificación para sostener la culpabilidad del concurso, cual es el incumplimiento del deber de su solicitud en tiempo hábil, hasta el punto de haberse desarrollado en la práctica judicial una corriente creciente de asociación de tal incumplimiento a la agravación del estado de insolvencia de la concursada, aún sin la concurrencia de una prueba directa de la existencia de una cumplida relación causal entre el incumplimiento del deber y la agravación de la situación de insolvencia.

Finalmente, en relación con las consecuencias de la declaración de culpabilidad del concurso, ya se han anticipado las dos fundamentales y que cuentan con una particular incidencia en el supuesto de la sociedad familiar, cuales son el personal y el patrimonial. Efectivamente, el artículo 172 de la Ley Concursal establece que “La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:

- La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.
- La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.
- Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”.

Y en dicho precepto se encuentran las referidas consecuencias personales y patrimoniales que con particular intensidad y frecuencia afectan a los integrantes de las sociedades familiares, a saber:

1. Respecto de las consecuencias personales, aun cuando la sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona pudiera representarse como carente de relevancia práctica o de rigor, en la medida en que el administrador resulta fácilmente sustituible siquiera desde un punto de vista formal, lo cierto es que la práctica judicial ha revelado una particular afectación personal de dicha sanción respecto de los administradores de sociedades, y ello por

cuanto como se anticipaba representa un absoluto fracaso personal y vital ante la sociedad de la que forma parte.

2. Y por lo que se refiere al aspecto patrimonial, al margen de la gravísima responsabilidad concursal a la cobertura del déficit concursal con el patrimonio personal del administrador, previsto para los supuestos más graves, ocupa un especial protagonismo en el ámbito de la empresa familiar la condena a la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa. Y ello porque con frecuencia los socios han aportado grandes cantidades de dinero a la sociedad, de manera habitual en forma de reinversión de los propios beneficios sociales, y si bien la calificación subordinada del crédito dificulta notablemente su recuperación, en un supuesto de venta unitaria de la sociedad, ya sea en fase de convenio, ya sea en liquidación, priva a los afectados de contraprestación que negociar por ella, y en definitiva de su medio de vida.

6. Conclusión

En definitiva, la particular composición personal y patrimonial de la sociedad familiar y sus peculiares características e inercias inciden de manera más que notable en la tramitación del concurso de acreedores y en las consecuencias que para los socios y administradores de aquella se derivan de su declaración.

La conclusión es que ello es así de manera singularmente negativa para los componentes de la empresa familiar, quienes ven sancionada su aportación a la sociedad con la práctica imposibilidad del cobro de sus créditos frente a ella, la privación del derecho de voto en la junta de acreedores o la rigurosa sanción de la errónea pero noble actitud de conservación a ultranza de la empresa, con la apuesta de su propio patrimonio personal.

Es por ello que, atendida la mayoritaria participación de la sociedad familiar en el conjunto del empresariado español, parece llevar a una conclusión sobre la contemplación del texto concursal en favorecimiento de la supervivencia de las grandes empresas.

7. Bibliografía

- Álvarez Olalla, P. (2004). *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, pp. 964.
- Cordón Moreno, F. (2004). *Comentarios a la Ley Concursal*. Navarra: Editorial Aranzadi, pp. 121 a 146.
- Escribano Gámir, R.C. (2007). "El perjuicio en la acción rescisoria concursal", *Anuario de Derecho Concursal*, 10, pp. 7-59.
- Prendes Carril, P. (2009). *Tratado práctico concursal*. Navarra: Editorial Aranzadi, pp. 21 a 55, 517 a 572, 699 a 716, 763 a 782 (Tomo III) y 29 a 132 (Tomo IV).

- Mercadal Vidal, F. (2008). "La extensión del embargo preventivo (ex art. 48.3 LC) a la sociedad dominante de la concursada", *Anuario de Derecho Concursal*, 14, pp. 373-388.
- Sagrera Tizón, J.M. (2004). *Comentarios a la Ley Concursal*. Barcelona: Editorial Bosch, pp. 56 a 71.
- Sarazá Jimena, R. (2007). "Responsabilidad concursal y grupos de sociedades", *Anuario de Derecho Concursal*, 10, pp. 229-264.
- Vicent Chuliá, F. (2008). "Tres años de Ley Concursal: Temas de reforma", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, 8, pp. 113-132.

LA POTESTAD REGULADORA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DEL ISD Y SU REFLEJO EN LAS TRANSMISIONES DE EMPRESAS FAMILIARES

Carlos Carbajo Nogal¹
ccarn@unileon.es

Universidad de León

fecha de recepción: 22/02/2011
fecha de aceptación: 25/03/2011

Resumen

Las Comunidades Autónomas han establecido una serie de beneficios fiscales en el ISD, que se suman a las aplicables en el plano estatal y con las que comparten necesariamente protagonismo, cuyo análisis nos facilita una idea exacta del régimen fiscal aplicable en este impuesto a la transmisión de la empresa familia que no es uniforme en todos los Entes territoriales.

Palabras clave: ISD; Beneficios fiscales; Reducciones; Fiscalidad autonómica; Empresa familiar.

Abstract

The Autonomous Regions have established certain tax benefits in the ISD, which they add the applicable ones in the state plane and with those who share necessarily protagonism, which analysis facilitates to us an exact idea of the fiscal applicable regime in this tax to the transmission of the company family that is not uniform in all the territorial Entities.

Keywords: ISD; Fiscal benefits; Reductions; Autonomous tax system; Family enterprise.

¹ Profesor de Economía Aplicada. Departamento de Economía y Estadística, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Campus de Vegazana, s/n, 24071-León.

1. Introducción

En la sucesión generacional de un negocio individual o de una empresa familiar, que puede producirse por causa del fallecimiento del anterior titular o en vida del mismo, el pago del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en cualquiera de ambos casos, se convierte en una dificultad añadida a las muchas otras que tienen que afrontar los nuevos titulares de la actividad que puede perjudicar seriamente su viabilidad económica, y ello contando con que se dispongan de los recursos suficientes para hacer frente al pago del impuesto, lo que no siempre es fácil. Es frecuente que la carencia de liquidez pueda motivar la venta de parte o la totalidad de la empresa o la necesidad de acudir a fuentes de financiación ajena, lo que, sin lugar a dudas, redundará negativamente en la viabilidad económica e incluso en la continuidad del negocio familiar.

Para evitar este tipo de situaciones la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante LISD) ha venido regulando toda una serie de beneficios fiscales que adoptan la forma de reducciones sobre la base imponible² y que se activan, precisamente, cuando se produce la transmisión de empresas familiares, negocios profesionales o participaciones en las mismas, con la pretensión última de intentar contribuir a la permanencia de estos negocios en el seno de la familia, garantizando con ello la continuación dichos negocios por generaciones posteriores a las de su creador que proseguirán en el desarrollo de la empresa familiar.

En definitiva, este tipo de beneficios están pensados para aplicarse cuando los destinatarios de estas transmisiones lucrativas tienen un cierto grado de parentesco con el causante o donante, lo que favorece el mantenimiento del patrimonio empresarial en el ámbito de la familia más cercana.

No obstante, su posible utilización requiere de la adecuada planificación que ha de darse con carácter previo a que se produzca la transmisión ya que estas reducciones están ligadas al cumplimiento de determinados requisitos exigidos por la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio que resultan *conditio sine qua non* para que puedan aplicarse los beneficios previstos en el ISD. Además determinadas reglas de mantenimiento de la adquisición por parte de los adquirentes que también condicionan la aplicación de la correspondiente reducción.

A ello se añade que desde el momento en el que en la configuración actual de nuestro sistema fiscal el ISD se encuentra completamente cedido a las Comunidades Autónomas, éstas, en el uso de las competencias normativas que les reconoce la actual Ley que regula el sistema de financiación autonómica, tienen la posibilidad de regular también sus propias reducciones en la base imponible así como mantener y mejorar las contempladas

² Su regulación se contiene en la **Ley 29/1987, de 18 de diciembre del Impuesto sobre el Sucesiones y Donaciones** y en su normativa de desarrollo, siendo de particular mención la **Resolución de la Dirección General de Tributos (DGT) 2/99, de 23 de marzo relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en materia de vivienda habitual y empresa familiar** (BOE de 10 de abril de 1999).

por el legislador estatal (aumentando el importe o el porcentaje de reducción, las personas que puedan acogerse a la misma o disminuyendo los requisitos para poder aplicarlas) establecer la tarifa del impuesto, las cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente o las deducciones y bonificaciones de la cuota.

Por tal motivo, estos Entes territoriales han establecido toda una serie de medidas que son las que pretendemos analizar en este estudio, no sin antes hacer una breve referencia a las aplicables en el plano estatal con las que comparten necesariamente protagonismo, con el fin de brindar una idea exacta del régimen fiscal aplicable en este impuesto a la transmisión de la empresa familiar y que, lo advertimos de entrada, no es ni mucho menos uniforme en todas las Comunidades Autónomas.

2. Las reducciones aplicables al valor de una empresa individual, de un negocio profesional o de participaciones en determinadas entidades a nivel estatal

Como ya hemos apuntado, la LISD prevé la aplicación de una reducción del 95% para las transmisiones “mortis causa” e “inter vivos” de empresas individuales, negocios profesionales o participaciones en determinadas entidades siempre y cuando se cumplan los requisitos que analizaremos en cada caso concreto y que, como tendremos ocasión de ver, a veces, sin ningún tipo de justificación razonable no coinciden.

Estas reducciones se aplican a la sucesión en una empresa individual o en una actividad profesional o a las participaciones de ella que en caso de herencia han de estar incorporadas al caudal relicto o, en su caso, tratarse de un legado. En principio, la reducción solo afectaría a estos bienes y derechos y no a cualquiera otros con la salvedad de los posibles seguros a los que tuviera derecho el causante por circunstancias ocurridas en la empresa familiar en cuanto que las cantidades recibidas en tal concepto pasarían a formar parte del activo de la empresa, aun en el caso en el que materialmente no hubiera habido tiempo de convertirlas en pasivos afectos.

Nos ocupamos brevemente de la configuración de estas reducciones en las páginas siguientes.

2.1. Trasmisión “mortis causa” de una empresa individual o de un negocio profesional, del usufructo sobre los mismos, o de participaciones en determinadas entidades

La LISD, en una redacción ciertamente tortuosa³, recoge en su artículo 20.2 c)⁴ una

³ Así la define. con toda la razón, la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 414/2009 de 29 de junio** aclarando al respecto que la complejidad en la aplicación de esta bonificación viene dada porque para determinar su concurrencia hay que atender a requisitos que vienen dados en normativa tributaria diferente –la LIP– que a su vez precisa la remisión a otras figuras tributarias del sistema como el IRPF en el que se concretará el

reducción del 95% de la base imponible en la transmisión de una empresa individual o de un negocio profesional, del usufructo sobre los mismos, o de participaciones en determinadas entidades siempre y cuando se cumplan determinados requisitos que nos permiten distinguir el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de este beneficio fiscal.

En lo que se refiere al primero de ellos, el ámbito subjetivo de aplicación de esta reducción hemos de tener en cuenta los grupos familiares a los que el legislador quiere favorecer expresamente y que, en este caso, se determinan por el nexo de unión familiar existente entre el causante de la transmisión y el causahabiente, pudiendo distinguirse dos grupos diferentes dependiendo del grado de parentesco.

El primer grupo, de carácter preferente, lo componen el cónyuge, descendientes y adoptados⁵ exigiéndose en este último caso, que se trate de una adopción plena para poder aplicar la reducción⁶; por su parte, el segundo grupo, que tiene un claro carácter subsidiario en defecto de que existan descendientes del primero, está constituido por los parientes colaterales hasta el tercer grado que deberán cumplir los requisitos exigibles al grupo anterior y que, además, pueden concurrir con el cónyuge en la aplicación de la reducción.

volumen de rendimientos del causahabiente derivados de su posible retribución como cargo directivo de la empresa familiar que se adquiere por causa de muerte.

⁴ Señala el artículo 20.2c) de la LISD que *“En los casos en los que en la base imponible de una adquisición “mortis causa” que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviere incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con arreglo a los apartados anteriores, otra del 95 % del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.*

En los supuestos del párrafo anterior, cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge superviviente tendrá derecho a la reducción del 95 %.

Del mismo porcentaje de reducción, con el límite de 122.606,47 euros para cada sujeto pasivo y con el requisito de permanencia señalado anteriormente, gozarán las adquisiciones “mortis causa” de la vivienda habitual de la persona fallecida, siempre que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes de aquel, o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento”.

⁵ Por otro lado y respecto a la relación que ha de existir entre el causante y el heredero, la DGT en su Resolución de 8 de julio de 2005, aclara que, a los efectos de transmisión, las nueras son descendientes en primer grado por afinidad y, por este motivo, posibles beneficiarios de la reducción mientras se mantenga el vínculo de parentesco.

⁶ Cfr. vr. gr. Tribunal de Justicia de Madrid en su **Sentencia de 6 de mayo de 2005**.

La configuración que realiza el legislador y el carácter subsidiario del segundo grupo de parentesco puede hacer inviable con la finalidad pretendida por la reducción de dar continuidad a la actividad económica y que la misma se mantenga en el ámbito familiar, ya que en aquellos supuestos en los que los hijos no quisieran proseguir un negocio familiar pero si otros parientes directos –por ejemplo, un sobrino– a quien el causante puede decidir transmitirlo, existiendo los primeros no sería aplicable la reducción al segundo. Ni aún en el caso de que la legítima de los hijos se cubriera con otros bienes, el aludido sobrino del causante podría aplicar la reducción en cuanto que, tal y como se configura normativamente, solo tendría derecho a ella cuando no existan descendientes o adoptados.

En todo caso, la aplicación de la reducción no solo exige la existencia de familiares entre el causante y los beneficiarios de la transmisión⁷, sino que dichos vínculos familiares han de corresponderse con los dos grupos anteriormente descritos⁸.

Por último, es importante aclarar que con base en lo dispuesto en la LISD⁹ la Resolución de la DGT 2/1999, de 23 de marzo, ya mencionada¹⁰, interpreta que esta beneficiará por igual a los causahabientes en la sucesión, en la medida en que se cumplan los requisitos que a tal efecto establece la Ley del Impuesto, con independencia de las adjudicaciones que se realicen en la partición, y a cada uno sobre la parte del bien objeto de reducción que se halle incluida en su base imponible. Dicho de otra forma, si se cumplen las condiciones para poder aplicar la reducción sobre el valor de la empresa individual o negocio profesional, todos los posibles herederos se beneficiarán de la reducción en la proporción que les corresponda, independientemente de que algunos herederos finalmente, con motivo de las adjudicaciones que se realicen, no reciban físicamente dichos bienes sino su equivalente en otros bienes.

No obstante lo anterior, en el caso concreto de que el causante asigne los bienes de forma específica, la reducción se activaría para cada heredero de forma independiente en función de la parte del valor de los bienes incluida en su base imponible.

En cuanto al **ámbito objetivo** de aplicación, la LISD establece que la reducción se podrá aplicar cuando en la base imponible del impuesto se incluya el valor de una empresa individual o de un negocio profesional o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos previstos en la misma norma.

La reducción opera en el caso de cualquier tipo de transmisión “mortis causa” –herederos, legatarios o sucesores testamentarios y legales– sin que exista diferencia

⁷ Como señala la **Resolución de la Dirección General de Tributos de 9 de septiembre de 2004**.

⁸ Cfr. **Consulta núm. 0062-04, emitida el 22 de enero de 2004**.

⁹ En concreto la LISD prevé que, en las sucesiones por causa de muerte, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que hagan los interesados, se considerará para los efectos del Impuesto como si se hubiesen hecho con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión.

¹⁰ Cfr. nota 1.

alguna a la hora de aplicar la reducción cuya aplicación dependerá solo del grado de parentesco con el causante. Eso sí, la transmisión ha de realizarse a través de un título sucesorio adecuado que podrá tomar la forma de testamento, declaración notarial o judicial de heredero o institución contractual de heredero en escritura pública.

Llegados a este punto debemos señalar que los requisitos que, de conformidad con lo dispuesto por la LISD, se han de cumplir para que resulte de aplicación la reducción son los siguientes:

Primero: que se cumplan por parte del causante los requisitos exigibles para la aplicación de la exención contenida en el Impuesto sobre el Patrimonio.

La aplicación de la reducción que venimos analizando dependerá de que se cumplan por parte del causante¹¹ los requisitos exigibles para aplicar la exención prevista en el artículo 4.8 de la LIP aplicable a la transmisión de la empresa o negocio o de las participaciones y que se resumen en:

- Que se trate de la transmisión de una actividad económica conforme a la normativa del IRPF, ejercida de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo que será el causante o, lo que es lo mismo el transmitente de la misma, ya sea un negocio empresarial o una actividad profesional.
- Que el sujeto pasivo, por las funciones de dirección ejercidas, perciba una remuneración que represente más del 50% de la totalidad de sus rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal, señalando la DGT a este respecto que habrá que atender a los rendimientos percibidos durante el último período impositivo (período comprendido entre el primer día del año y la fecha de fallecimiento, que es el que coincide con el ejercicio impositivo del IRPF del causante).
- Que la actividad económica constituya la principal fuente de renta para el sujeto pasivo, requisito éste que ha de cumplirse a la fecha de devengo del ISD, que se produce, con carácter general, el día del fallecimiento del causante y no a la fecha de devengo del IP que se produce el 31 de diciembre de cada año.

Por lo tanto ha de quedar claro que para aplicar la reducción del 95% en el ISD que venimos analizando habrán de cumplirse necesariamente estos tres requisitos exigibles para aplicar la exención en el IP, dado que en otro caso no será posible que los descendientes puedan disfrutar de las reducciones en la base imponible del impuesto por razón de la transmisión de la empresa familiar¹². Ahora bien, que resulte aplicable la exención en el IP se convierte en una condición necesaria pero no suficiente para que pueda activarse la reducción en la base imponible del ISD prevista para este tipo de adquisiciones "mortis causa", siendo preciso que se cumplan el resto de los requisitos exigibles¹³.

¹¹ La DGT en su **Consulta núm. 0061-97, emitida el 10 de enero de 1997**, establece que el causante es quien debe reunir los requisitos para que los herederos puedan disfrutar de la reducción en el ISD.

¹² Como pone de manifiesto la DGT en su **Consulta núm. 0680-03, emitida el 21 de mayo de 2003**.

¹³ Como aclara la DGT en su **Consulta núm. 0013-02, de 13 de enero de 2002**.

No podemos dejar de evidenciar la falta de lógica que supone la pervivencia del espíritu del IP que se convierte en un requisito previo e imprescindible de la reducción pese a su práctica desaparición en nuestro sistema.

Segundo: que se mantenga la adquisición durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante salvo fallecimiento del adquirente dentro de ese plazo.

La LISD precisa que el adquirente no podrá hacer actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de adquisición, lo cual, por otro lado, y como ha reconocido la propia DGT en su Resolución 2/99 de 23 de marzo de 1999, mencionada, es muy difícil de determinar y provoca graves problemas de interpretación.

Asimismo, la DGT en idéntica Resolución 2/99 ha interpretado este requisito entendiendo que la LISD establece únicamente la obligación de mantener la adquisición durante diez años, pero no exige la continuidad en el ejercicio de la actividad que viniera desarrollando el causante. Así pues, simplemente ha de mantenerse la titularidad de los elementos patrimoniales recibidos o adquiridos o, en su caso, del valor que estos tengan al entrar en el patrimonio del sucesor, sin que se exija la continuidad en el ejercicio de la actividad.

2.2. Transmisión “inter vivos” de participaciones de una empresa individual, de un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante

Como ya avanzamos, la LISD también permite aplicar una reducción del 95% del valor de adquisición a la transmisión “inter vivos” de empresas individuales, negocios profesionales o las participaciones en entidades¹⁴, cuando se cumplan los siguientes requisitos que someteremos al mismo esquema de análisis que en el caso anterior.

En cuanto al **ámbito subjetivo** de aplicación hemos de distinguir los requisitos que afectan al donante y al donatario ya que en ambos casos el beneficio fiscal establece determinadas exigencias para poder aplicarse.

En lo que respecta al **donatario**, se exige que la donación se realice a favor del cónyuge, descendientes o adoptados del donante, si bien, y al contrario de lo que ocurre en el caso de transmisiones por causa de muerte, la Ley no admite la posibilidad, en el caso de que no existan descendientes o adoptados, de aplicar la reducción a la transmisión a favor de

¹⁴ El disfrute de la reducción es posible en los supuestos de donación de la nuda propiedad de las participaciones, posibilidad expresamente prevista y admitida en la **Resolución 2/1999, de 23 de marzo** que señala a este respecto que sí es posible reducir la base imponible por la donación de la nuda propiedad de las participaciones exentas en el IP, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la LISD, tanto por el donante como por el donatario. Además, el requisito de que el donatario tenga derecho a la exención en su correspondiente IP, en principio, puede cumplirse al permitir la normativa reguladora de este Impuesto que disfrute de la exención el nudo propietario. Por el contrario, no cabe que el usufructuario se beneficie de la reducción en el ISD, ya que no tiene derecho a la exención en el IP.

ascendientes, adoptantes o colaterales, hasta el tercer grado de derecho. Lo cierto es que no es fácilmente admisible, por su falta de justificación, el distingo que el legislador realiza en el tratamiento de ambas transmisiones, y desde luego pensamos que sería mucho más correcto un tratamiento uniforme de esta cuestión, ampliando el ámbito subjetivo en el caso de las donaciones.

De cualquier forma y habida cuenta de la actual regulación, la reducción será aplicable únicamente en aquellos supuestos en los que, cumpliéndose el resto de los requisitos exigidos, los beneficiarios sean el cónyuge, descendientes o adoptados del donante.

En cuanto al **donante**, como ya señalamos, habrán de cumplirse determinados requisitos para que resulte aplicable la reducción, que son:

- Que tenga 65 o más años¹⁵ o que se encuentre en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.
- Que si viniese ejerciendo funciones de dirección, deje de ejercerlas y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión¹⁶ y no antes.

A estos efectos no se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad¹⁷.

En lo que se refiere al **ámbito objetivo** de aplicación deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Que resulte aplicable al donante la exención regulada en el Impuesto sobre el Patrimonio, es decir que el donante ejerza la actividad de forma habitual, personal y directa conforme a la normativa del IRPF y que los rendimientos netos por la actividad

¹⁵ Es importante clarificar que si se cumplen el resto de los requisitos que analizaremos en el ámbito objetivo, si la empresa individual tuviera carácter ganancial, siendo uno sólo de los cónyuges el que cumple los requisitos exigidos al donante (es decir, es uno sólo de los cónyuges quien tiene 65 o más años y ejerce de manera exclusiva la actividad empresarial) se podrá aplicar la reducción del 95% en el supuesto de donación de la misma. Y ello porque el RISD se refiere a la donación de bienes comunes de la sociedad conyugal entendiendo que en este supuesto se ha producido una sola donación. Por tanto, bastará con que tan sólo uno de los cónyuges tenga la edad de 65 años y realice de forma habitual, personal y directa la actividad empresarial para poder aplicar la reducción, si bien los dos, pues puede ocurrir que sólo uno de ellos y que no sea el mayor de 65 años ejerciera funciones de dirección, deben dejar el ejercicio de las funciones de dirección, así como de percibir remuneraciones por el ejercicio de las mismas.

¹⁶ En este caso, explicita la DGT en su **Consulta núm. 0013-02, emitida el 11 de enero de 2001** que si la jubilación es previa a la donación, al no ejercerse ya por el donante la actividad de forma "habitual, personal y directa" no tendría derecho a la exención en el impuesto patrimonial y, consiguientemente, no habría lugar a la aplicación de la reducción en el ISD. La donación, por tanto, ha de producirse con anterioridad.

¹⁷ Conforme a lo que dispone la DGT en las **Consultas núm. 2108-03, y 2109-03, emitidas el 9 de diciembre de 2003**.

constituyan su principal fuente de renta, o, lo que es lo mismo, que constituyan un mínimo del 50% del importe de la base imponible del IRPF¹⁸.

- Que no solo el donante sino también el donatario tenga derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio –requisito adicional respecto a las adquisiciones “mortis causa” en las que no se exige– que debe mantener lo transmitido durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo¹⁹.

No podemos dejar de insistir en la necesidad de replantear la pervivencia de este requisito previo e imprescindible de la reducción pese a la práctica desaparición del Impuesto del patrimonio en nuestro sistema, requisito que en el caso de las transmisiones “inter vivos” resulta más gravoso en cuanto que se convierte en una condición de mantenimiento de la bonificación.

- Por último, prohíbe al adquirente la realización de actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de adquisición durante el mismo plazo.

Al mismo tenor que ya habíamos analizado en las transmisiones “mortis causa”, se acaba exigiendo el ahorro o la falta de gasto de la cantidad que equivale al valor recibido en la sucesión de la empresa a través de esta vía.

Para concluir, no podemos finalizar sin evidenciar que el plazo de diez años de mantenimiento de la adquisición, así como la no realización de los actos de disposición descritos, excede con mucho el plazo de prescripción general admitido en el Derecho tributario, lo que solo cabe interpretarse como que la norma contenida en la LISD que venimos analizando, es una regla especial ante la que cede la norma general, que sirve para ampliar el plazo de comprobación del que dispone la Administración en estos casos, y con ello, si fuera preciso, el de realizar la correspondiente liquidación.

3. La actuación normativa de las CCAA a este respecto

Conforme al artículo 19.2 de la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, de Modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas²⁰, éstas últimas, en el caso de los tributos cedidos por el Estado, pueden asumir determinadas competencias normativas. En el caso del ISD ello se concreta en que las Comunidades Autónomas tienen capacidad normativa sobre las

¹⁸ Como aclara la DGT en su **Consulta núm. 0015-02, de 11 de enero de 2002**.

¹⁹ A este respecto, la DGT en la **Consulta núm. 1458-00, emitida el 16 de septiembre de 2000**, señala que para cumplir la exigencia derivada de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, resulta preciso que al menos uno de los donatarios cumpla esos requisitos referidos a las funciones de dirección y a la percepción del porcentaje de remuneraciones, aunque los demás que con él formen grupo de parentesco y sean titulares de participaciones en el capital de la entidad no ejerzan tales funciones ni perciban las consiguientes remuneraciones.

²⁰ BOE del 19 de diciembre de 2009.

reducciones de la base imponible, la tarifa, la fijación de la cuantía y coeficientes del patrimonio preexistente, las deducciones y bonificaciones, así como la regulación de la gestión.

Esto ha tenido como consecuencia que la actuación de estos Entes territoriales ha supuesto la modificación del impuesto aplicable a las adquisiciones “mortis causa” en el caso de los parientes más directos, que se ha visto mejorado mediante la regulación de reducciones y bonificaciones aplicables a la base y a la cuota, así como mediante la regulación de los coeficientes multiplicadores.

También son numerosas las Comunidades Autónomas que han ejercido su capacidad de regular las reducciones de la base imponible aplicables en los supuestos de transmisiones “mortis causa” de empresas individuales, negocios profesionales o participaciones en determinadas entidades, bien modificando –o mejor dicho mejorando– las reducciones existentes en la normativa estatal, ya analizadas, bien utilizando reducciones propias plenamente compatibles con la reducción estatal en los términos previstos en el artículo 48.1 “in fine”²¹ de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias²², aplicándose aquellas con posterioridad.

Asimismo, algunas Comunidades Autónomas, cada vez las más, optan por aplicar reducciones a las transmisiones del patrimonio empresarial que se producen en vida del donante, sin esperar a que se produzca el fallecimiento del empresario, que, con carácter general, plantean requisitos análogos a los que se aplican en el caso de las adquisiciones “mortis causa” con la salvedad de que en su aplicación exigen que el donante tenga más de 65 años –aunque no en todos los casos– límite que no opera en el caso de la

²¹ Conforme al artículo 48 que regula el alcance de las competencias normativas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones:

“1. En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre:

a) Reducciones de la base imponible: Las Comunidades Autónomas podrán crear, tanto para las transmisiones “inter vivo”, como para las “mortis causa”, las reducciones que consideren convenientes, siempre que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la Comunidad Autónoma de que se trate.

Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán regular las establecidas por la normativa del Estado, manteniéndolas en condiciones análogas a las establecidas por éste o mejorándolas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción, la ampliación de las personas que puedan acogerse a la misma o la disminución de los requisitos para poder aplicarla.

Cuando las Comunidades Autónomas creen sus propias reducciones, éstas se aplicarán con posterioridad a las establecidas por la normativa del Estado. Si la actividad de la Comunidad Autónoma consistiese en mejorar una reducción estatal, la reducción mejorada sustituirá, en esa Comunidad Autónoma, a la reducción estatal. A estos efectos, las Comunidades Autónomas, al tiempo de regular las reducciones aplicables deberán especificar si la reducción es propia o consiste en una mejora de la del Estado”.

²² BOE del 19 de diciembre.

transmisión por herencia; tampoco concurren necesariamente con otras reducciones, como las de parentesco, que sí funcionan en el caso de las sucesiones.

Por lo tanto, utilizando una u otra vía lo que han hecho las Comunidades Autónomas en lo tocante a la reducción estatal en las transmisiones “mortis causa” es aumentar el porcentaje de reducción aplicable en estos supuestos, bien mediante la mejora sustancial de los requisitos de aplicación de la reducción –como por ejemplo ocurre en todos los casos con la extensión del concepto de familia produciéndose una equiparación a los cónyuges de las parejas estables (con determinados requisitos) y a los adoptados y adoptantes de las personas objeto de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo– bien, mejorando las condiciones de aplicación del requisito de permanencia de los bienes del donante en el patrimonio del adquirente que se modifica en la mayoría de los casos de diez a cinco años. Además, se añaden, en determinados casos requisitos adicionales a los establecidos por la normativa estatal para el disfrute de estas reducciones, lo que, en definitiva, constituye un tratamiento fiscal más beneficioso que el que hemos analizado en la normativa estatal.

En lo relativo a las transmisiones “inter vivos”, pese a la existencia de una reducción en la normativa estatal hasta una época relativamente reciente las Comunidades Autónomas no han aplicado mejoras a la misma o reducciones propias que, cada vez con mayor asiduidad procuran contribuir a proteger la transmisión del patrimonio empresarial y su permanencia en el tejido empresarial productivo.

Debido a la variedad de medidas, consecuencia directa del ejercicio del poder tributario que tienen las Regiones en esta materia, pretendemos en este estudio realizar un breve repaso por la normativa vigente relativa en concreto a estas reducciones autonómicas de régimen común, con el fin de conocer el panorama actualmente existente en el impuesto tanto en las adquisiciones “mortis causa” como en las adquisiciones “inter vivos”. Asimismo, también mencionaremos otras posibles reducciones autonómicas basadas en el parentesco que afectan a familiares, especialmente de los grupos I y II, así como bonificaciones en la cuota tributaria que, con carácter general afectan también a estos grupos de parentesco y que pueden tener como consecuencia última que, en definitiva, no se tribute por este impuesto.

3.1. Comunidad Autónoma de Andalucía

En esta Comunidad Autónoma se mejora ²³ la reducción de la base imponible por la adquisición “mortis causa” de empresas individuales, negocios profesionales y participaciones en entidades regulada en la normativa estatal reduciéndose de 10 a 5 años el requisito de permanencia para las adquisiciones “mortis causa” que tengan que tributar en Andalucía.

²³ Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos.

Asimismo, se establece una reducción propia en la base imponible del 99%, en las adquisiciones "mortis causa" de empresas individuales, de negocios profesionales y de participaciones en entidades con domicilio fiscal, y en su caso social, en el territorio de Andalucía, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigibles en el ámbito estatal con la particularidad de que deberá mantenerse la domiciliación en Andalucía durante los 5 años siguientes al fallecimiento del causante.

Recientemente en 2010 se añade²⁴ que esta reducción será aplicable a cónyuges, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales hasta el tercer grado por consanguinidad y por afinidad del causante, ampliándose con ello los beneficiarios de la reducción.

Debemos señalar que la normativa autonómica introduce para las adquisiciones "mortis causa" una reducción variable que afecta a los grupos I y II de parentesco y que se mejora en el caso de los discapacitados.

Hasta fecha reciente no se contemplaba una norma similar en el supuesto de las adquisiciones "inter vivos" cuestión que se ha corregido en 2010 mediante la aprobación de una reducción por adquisiciones de empresas individuales, negocios profesionales y participaciones en entidades en la que el donatario deberá mantener lo adquirido durante un plazo de cinco años para aquellas adquisiciones que tengan que tributar en Andalucía.

Asimismo, se establece una reducción del 99% con los requisitos previstos en el artículo 20.6 de la LISD, en la adquisición "inter vivos" de empresas individuales, negocios profesionales y participaciones en entidades con domicilio fiscal, y en su caso social, en Andalucía, domiciliación que deberá mantenerse durante los cinco años siguientes a la fecha de la donación.

Como en el caso anterior resulta aplicable esta reducción a cónyuges, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales hasta el tercer grado por consanguinidad y por afinidad, del donante.

Por su parte, también en 2010 se aprueba otra reducción novedosa que en este caso afecta tanto a las adquisiciones "mortis causa" como a las adquisiciones "inter vivos" de empresas individuales, negocios profesionales y participaciones en entidades de forma que cumpliéndose los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 20.2.c) y 20.6 LISD, respectivamente, podrá aplicarse una reducción del 99% por aquellas personas que, sin tener la relación de parentesco con el transmitente, cumplan los requisitos establecidos a la fecha de adquisición. Se establecen las siguientes condiciones a los adquirentes:

²⁴ Conforme al artículo 21 de la **Ley 8/2010, de 14 de julio, de Medidas Tributarias de Reactivación Económica de la Comunidad Autónoma de Andalucía** (BOJA núm.144 de 23 de julio de 2010).

- Que tengan un contrato laboral o de prestación de servicios dentro de la empresa o negocio profesional del transmitente que esté vigente a la fecha del fallecimiento de éste, o en su caso, de la donación, y acreditar una antigüedad mínima de 10 años en la empresa o negocio.
- Que tengan encomendadas tareas de responsabilidad en la gestión o dirección de la empresa o negocio a la fecha del fallecimiento del causante o, en su caso, de la donación, y con una antigüedad mínima en el ejercicio de éstas de 5 años.

Esta reducción es una respuesta clara a aquellos supuestos en los que los familiares directos no quieren continuar un negocio familiar pero si otros sujetos con vínculos de la empresa –al tratarse de empleados de la misma– mediante el establecimiento de beneficios fiscales que, como en el caso de las reducciones que basan su razón de ser en los vínculos familiares, priorizan clarísimamente la continuación de la actividad empresarial. Este planteamiento, si bien desvirtúa en alguna medida la finalidad última de venían teniendo este tipo de beneficios fiscales, parece del todo punto lógico en una época de crisis como la actual en la que debe, en nuestra opinión, primarse la continuación de la empresa.

Por último, también en 2010 se crea una reducción propia del 99% por donación de dinero a parientes para la constitución o ampliación de una empresa individual o negocio profesional que afecta a los donatarios que perciban dinero de sus ascendientes, adoptantes y de colaterales hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Que el importe íntegro de la donación se destine a la constitución o ampliación de una empresa individual o de un negocio profesional.
- Que la empresa individual o el negocio profesional tengan su domicilio social o fiscal en el territorio de Andalucía.
- Que la constitución o ampliación de la empresa individual o del negocio profesional se produzca en el plazo máximo de seis meses desde la fecha de formalización de la donación.
- Que la donación se formalice en documento público y se haga constar de manera expresa que el dinero donado se destina por parte del donatario exclusivamente a la constitución o ampliación de una empresa individual o negocio profesional que cumpla los requisitos que se prevén en este artículo.
- Que la empresa individual o negocio profesional no tengan por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, de acuerdo con lo establecido en el IP.
- Que la empresa individual o negocio profesional, constituidos o ampliados como consecuencia de la donación de dinero, se mantengan durante los cinco años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que el donatario falleciera dentro de este plazo.

La base máxima de la reducción será de 120.000 euros, con carácter general que se convierten en 180.000 euros si el donatario tuviera la consideración legal de persona con discapacidad. Asimismo, si hubiera dos o más donaciones, provenientes del mismo o de diferentes donantes de los mencionados, la base de la reducción será el resultado de

sumar el importe de todas ellas, sin que pueda exceder de los límites anteriormente señalados.

3.2. Comunidad Autónoma de Aragón

En la Comunidad Autónoma de Aragón²⁵, se mejora la reducción estatal por adquisición “mortis causa” de empresa individual o negocio profesional por parte del cónyuge, descendientes o adoptados de la persona fallecida. El porcentaje de reducción autonómico se eleva hasta el 99% en 2011, y se aplica sobre el valor neto que, incluido en la base imponible, corresponda, proporcionalmente, al valor de los citados bienes. Cuando no existan descendientes, puede ser utilizada por ascendientes y colaterales hasta el tercer grado²⁶.

Se admite la aplicación de la reducción cuando los bienes afectos a la actividad hayan estado exentos en el IP en alguno de los 2 años anteriores al fallecimiento del causante, estando condicionada a que se mantenga durante los 5 años siguientes, salvo fallecimiento, la afectación a una actividad económica de cualquiera de los causahabientes beneficiados. No se pierde el derecho si la empresa o negocio adquirido se aportan a una sociedad y las participaciones recibidas cumplen los requisitos de la exención.

En cuanto a la reducción estatal por adquisiciones “mortis causa” de participaciones en entidades se mejora igualmente en lo correspondiente al porcentaje de reducción hasta el 99% en 2011 debiéndose cumplir los requisitos de la exención en el IP; no obstante, cuando sólo se tenga parcialmente derecho a la exención, esta reducción será aplicable en la misma proporción.

A los efectos del cómputo del porcentaje de participación en la entidad del 20% por el grupo familiar se incluyen el cónyuge, ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado del causante, siempre que se trate de entidades cuya actividad económica, dirección y control radiquen en el territorio de la Comunidad Autónoma. Asimismo, si como consecuencia de una operación societaria de fusión, escisión o similar no se mantuvieran las participaciones recibidas no se perderá el derecho a la reducción salvo que la actividad económica, su dirección y control dejaran de estar radicados en la propia Comunidad Autónoma. En este caso, además, el parentesco por afinidad no se perderá por fallecimiento del cónyuge que sirve de nexo salvo segundas nupcias. El periodo de permanencia, como en el caso anterior, se reduce de 10 a 5 años.

Asimismo, en las adquisiciones “mortis causa” se contemplan reducciones generales por razón de parentesco que llegan al 100% de la cuota en el caso de menores, hijos, cónyuges y nietos (en el caso de premoriencia del progenitor hijo del causante) y personas con minusvalía, con limitación de la base.

²⁵ Cfr. BOA 255, de 31 de diciembre de 2010.

²⁶ **Ley 13/2009, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

En el caso de las transmisiones “inter vivos” esta Comunidad Autónoma mejora la reducción estatal aplicable a las adquisiciones de empresas individuales o negocios profesionales por cónyuge, descendientes o adoptados hasta un porcentaje del 99% en 2011. Esta reducción solo podrá aplicarse cuando los bienes hayan estado exentos en el IP en alguno de los 2 años anteriores al fallecimiento del causante, acortándose el periodo de permanencia respecto de la normativa estatal de 10 a 5 años

También se mejora la reducción estatal aplicable a las adquisiciones “inter vivos” de participaciones exentas en el IP por cónyuge, descendientes o adoptados cuyo porcentaje de reducción pasa a ser del 99% en 2011, siendo también el periodo de permanencia requerido de 5 años. En este caso las participaciones deberán de cumplir los requisitos de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio en el ejercicio anterior a la fecha de donación, si bien, cuando sólo se tenga parcialmente derecho a la exención, la reducción también se aplica de forma proporcional.²⁷

3.3. Comunidad Autónoma de Asturias

En esta Comunidad Autónoma, cuando en la base imponible de una adquisición “mortis causa” esté incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o de participaciones en entidades, situados en el Principado de Asturias, se aplicará una reducción propia del 4% del mencionado valor. Esta reducción es compatible con la reducción por empresa familiar regulada en la normativa estatal y para su aplicación habrán de cumplirse los siguientes requisitos:

- Que la adquisición corresponda al cónyuge, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales, por consanguinidad, hasta el tercer grado del fallecido²⁸.
- Que sea de aplicación la exención regulada en el IP.
- Que el valor de la empresa, negocio o participación no exceda de 5 millones de euros (en la regulación original de la reducción el límite máximo era de 3 millones de euros)
- Que la actividad se ejerza en el territorio de la Comunidad Autónoma.
- Que el adquirente mantenga en su patrimonio la adquisición durante los 10 años siguientes al fallecimiento del causante.
- Que se mantenga el domicilio fiscal o social de la empresa, negocio o entidad en el territorio de la Comunidad Autónoma durante los 10 años siguientes al fallecimiento del causante.

²⁷ En este caso y en el anterior, las reducciones descritas en el texto tendrán carácter de mejoras de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la **Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía**.

²⁸ Conforme a lo previsto en **Ley 15/2002, de 27 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2003** (BOPA. 31 de siembre de 2002) a los efectos de las reducciones en la base imponible previstas en el artículo 20 de la **Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones**, se establece la mejora consistente en equiparar las parejas estables a los cónyuges, las personas objeto de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo a los adoptados y las personas que realicen un acogimiento familiar permanente o preadoptivo a los adoptantes.

Asimismo, hay que tener en cuenta que en las adquisiciones “mortis causa” resultan aplicables bonificaciones del 100%, con limitación de la base que afectan a los sujetos pasivos del grupo II y a discapacitados así como la reducción de los coeficientes multiplicadores para los parientes incluidos en el grupo I.

En el caso de las transmisiones “inter vivos”, se establece igualmente una reducción propia en la base imponible también del 4% por la adquisición de empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades a favor del cónyuge, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales por consanguinidad hasta tercer grado, compatible con la reducción estatal con los siguientes requisitos:

- Que sea de aplicación la exención regulada en el IP.
- Que el valor de la empresa, negocio o participación no exceda de 5 millones de euros y la actividad se ejerza en el territorio de la Comunidad Autónoma.
- Que la actividad principal no sea la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.
- Que el adquirente mantenga en su patrimonio la adquisición durante 10 años.
- Que se mantenga el domicilio fiscal o social de la empresa, negocio o entidad en el territorio de la Comunidad Autónoma durante 10 años.
- Que el donante tenga 65 o más años, o se encuentre en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y si viniese ejerciendo funciones de dirección dejase de ejercer y de percibir remuneraciones por dichas funciones desde el momento de la transmisión.

En el supuesto de participaciones en entidades, la reducción sólo alcanzará al valor de las mismas, determinado conforme a las reglas que se establecen en la LIP, en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad.

Por último destacar que se aplica una bonificación del 100% en la cuota aplicable a las adquisiciones “mortis causa” realizadas por contribuyentes del grupo II de parentesco siempre y cuando la base imponible sea igual o inferior a 150.000 euros y que el patrimonio preexistente del heredero no supere 402.678,11 euros lo que afecta clarísimamente a este tipo de transmisiones.

3.4. Comunidad Autónoma de las Islas Baleares

En la Comunidad Autónoma de Baleares, se contemplan idénticas reducciones²⁹ en las adquisiciones “mortis causa” a las establecidas en el impuesto estatal, si bien el goce definitivo de las mismas quedará condicionado al mantenimiento de la adquisición durante los 5 años siguientes al fallecimiento del causante, excepto que el adquirente muera en este plazo.

²⁹ Aprobadas por la **Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del ISD** (BOIB de 23 de diciembre de 2006).

De esta forma cuando en la base imponible de una adquisición por causa de muerte que corresponda a los cónyuges³⁰ o descendientes de la persona fallecida, esté incluido el valor de una empresa individual o de un negocio profesional a los que sea de aplicación la exención regulada en el IP, o el valor de derechos de usufructo sobre la empresa o el negocio citados, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento, se consolide el pleno dominio en el cónyuge o en los descendientes, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible una reducción del 95% del mencionado valor.

Por su parte, cuando en la base imponible de una adquisición por causa de muerte que corresponda a los cónyuges o descendientes de la persona fallecida, esté incluido el valor de participaciones en entidades a las que sea de aplicación la exención regulada en el IP, o el valor de derechos de usufructo sobre las participaciones citadas, o percibieran aquéllos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, el negocio o la entidad afectada, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, una reducción del 95% del mencionado valor.

En ambos supuestos cuando no existan descendientes, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes y colaterales, hasta el tercer grado, y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge superviviente tendrá derecho a la reducción del 95%.

Asimismo, se aplica una bonificación del 99% de la cuota íntegra corregida en las adquisiciones "mortis causa" para sujetos pasivos por obligación personal del grupo I de parentesco y una deducción en las adquisiciones "mortis causa" por sujetos pasivos incluidos en los grupos I y II de parentesco, resultado de restar a la cuota bonificada la cuantía derivada de multiplicar la base imponible por un tipo porcentual T del 1 por 100. Cuando el resultado de multiplicar la base imponible por T sea superior al importe de la cuota bonificada, la cuantía de la deducción será igual a cero.

Para finalizar lo referido a las adquisiciones "mortis causa" debemos señalar que esta Comunidad Autónoma establece una reducción autonómica propia del 95% que afecta a las adquisiciones "mortis causa", por cónyuges, ascendientes o descendientes del causante, de participaciones en sociedades cuyo activo esté constituido por terrenos donde como mínimo un 33% de la extensión esté situado en un área de suelo rústico protegido, espacio de relevancia ambiental o de interés agrario, con determinados límites

³¹.

³⁰ A quienes se equiparan parejas estables reguladas en la **Ley Balear 18/2001, de Parejas Estables**, siempre que los convivientes verifiquen todos los requisitos y las formalidades requeridas, incluida la inscripción en el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears. En todo caso, el conviviente que sobreviva al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones que la Compilación de Derecho Civil de Baleares prevé para el cónyuge viudo, tanto en la sucesión testada como en la intestada.

³¹ En concreto, la reducción sólo alcanzará al valor de las participaciones en la parte que corresponda a la proporción existente entre el valor de los terrenos, una vez minorado en el importe de las deudas vinculadas con estos terrenos, y el valor del patrimonio neto de la entidad.

En el caso de las transmisiones “inter vivos”, las mejoras de las reducciones estatales se centran en exigir que el donante tenga 60 o más años o esté en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez y en que el donatario mantenga lo adquirido y tenga derecho a la exención en el IP durante los 5 años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que fallezca dentro de este plazo

Asimismo también se aplica una reducción propia del 99% en adquisiciones “inter vivos” a favor del cónyuge o los descendientes cuando esté incluido el valor de una empresa individual o de un negocio profesional o de participaciones en entidades, siempre que la empresa, negocio o participación goce de la exención prevista en el IP, y el donatario mantenga los puestos de trabajo. Para el cumplimiento del requisito de mantenimiento de los puestos de trabajo, se utiliza la plantilla media total y su vez, se remite a la normativa del IS para su cuantificación.

En lo que se refiere a las transmisiones “inter vivos” también se aplica una deducción por los sujetos pasivos incluidos en los grupos I y II de parentesco, cuyo importe es el resultado de restar a la cuota líquida la cuantía derivada de multiplicar la base imponible por un tipo porcentual T del 7%. Cuando el resultado de multiplicar la base liquidable por T sea superior al importe de la cuota bonificada, la cuantía de la deducción será igual a cero.

Cuando la adquisición sea en metálico o en cualquiera de los fondos, cuentas o depósitos contemplados en el artículo 12 de la LIP, la deducción sólo será aplicable si el origen de los fondos está debidamente justificado y, además, la adquisición se haya documentado en escritura pública. En dicha escritura deberá hacerse constar el origen de los fondos.

3.5. Comunidad Autónoma de Canarias

En Canarias para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible además de las reducciones “mortis causa” establecidas en la normativa estatal, que ya hemos analizado, otra del 99% del mencionado valor a los mismos beneficiarios, es decir, cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida³².

Concretamente, si en la base imponible de la transmisión “mortis causa” se incluye el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o de participaciones en entidades, o de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolide el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o perciban éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada, se aplicará en la imponible, además de la reducción estatal, otra de carácter autonómico del 99%. Cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado. En todo caso, el cónyuge

³² A los efectos de estas reducciones se establece la equiparación de siguientes las personas sujetas a un acogimiento familiar permanente o preadoptivo a los adoptados y las personas que realicen un acogimiento familiar permanente o preadoptivo a los adoptantes.

supérstite tendrá derecho a la reducción del 99%. Para la aplicación de la citada reducción será necesario que concurren los siguientes requisitos³³:

- Que la empresa individual, el negocio profesional o las participaciones sociales hayan estado exentos, conforme a lo previsto en LIP, en alguno de los dos años anteriores al fallecimiento.
- Que el adquirente mantenga en su patrimonio la adquisición durante los 10 años siguientes al fallecimiento, salvo que el adquirente falleciese dentro de ese plazo, afecta a una actividad económica. No se perderá el derecho a la reducción si la empresa, negocio o participaciones adquiridos se aportan a una sociedad y las participaciones recibidas a cambio cumplen los requisitos de la exención prevista en el IP durante el plazo antes señalado.
- Que la actividad económica, dirección y control de la empresa individual, del negocio profesional o de la entidad cuyas participaciones se transmiten radiquen en el territorio de Canarias en el momento del fallecimiento y se mantengan en el mismo territorio durante los 10 años siguientes al fallecimiento del causante. En el caso de que la empresa, negocio o participaciones adquiridos se aporten a una sociedad, en su constitución o una ampliación de capital, esta sociedad debe desarrollar su actividad económica principal y mantener su dirección y control en Canarias en el mismo plazo.
- Que el valor de la empresa individual o de las participaciones sociales no exceda de tres millones de euros y el del negocio profesional no exceda de un millón de euros.

No hay olvidar además que esta Comunidad Autónoma tiene establecida una bonificación en la cuota aplicable a las adquisiciones "mortis causa", para los sujetos pasivos incluidos en los grupos I y II del 99,9% sin otro tipo de limitación, que también se aplica esta vez con ciertos límites a discapacitados y mayores de 65 años.

Por último, debemos aclarar que no hay prevista ninguna reducción propia ni mejora de las estatales en los casos de este tipo de transmisiones "inter vivos" si bien se aplica a las mismas una bonificación general del 99,9% en la cuota aplicable a las adquisiciones "inter vivos", para los sujetos pasivos incluidos en los grupos I y II, siempre que la donación se formalice en documento público. Es importante aclarar que no corresponde esta bonificación a las donaciones que en el plazo de los tres años anteriores se hayan beneficiado de la misma salvo que en este plazo se produzca su adquisición "mortis causa".

3.6. Comunidad Autónoma de Cantabria

En la Comunidad Autónoma de Cantabria³⁴, cuando en la base imponible que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviera

³³ Se introduce por la **Ley 2/2004, de 28 de mayo, de medidas Fiscales y Tributarias** (BOC. de 4 de junio de 2004) y puede consultarse en su redacción vigente en el artículo 21 del **Decreto legislativo 1/2009, de 21 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes dictadas por la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de tributos cedidos** (BOC de 23 de abril de 2009).

incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional incluidos los relacionados con la producción y comercialización en el sector ganadero, agrario o pesquero o participaciones en entidades a los que sea de aplicación la exención regulada en la LIP, o de derechos de usufructo sobre los mismos, para obtener la base liquidable se aplicará, con independencia de las reducciones que procedan, otra del 98% del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga durante los cinco años siguientes, salvo que falleciese el adquirente.

Cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge supérstite³⁵ tendrá derecho a la reducción del 98%.

Como curiosidad cabe mencionar que en su redacción inicial el período exigido de permanencia en el patrimonio del adquirente era de 3 años estableciéndose posteriormente en 5 años que es el periodo comúnmente utilizado en casos similares por otras Comunidades Autónomas.

Asimismo, además de reducciones por parentesco que afectan a los parientes de los grupos I y II, se aplica en esta Comunidad Autónoma una bonificación autonómica del 99%, 95%, o del 90% de la cuota tributaria, en función de que la base imponible no supere los 175.000 euros, 250.000 euros y 325.000 euros respectivamente en las adquisiciones "mortis causa" de los contribuyentes incluidos en los grupos I y II de parentesco. También los discapacitados tienen un trato más beneficioso.

Por último, afecta a la cuestión que estamos tratando y supone un trato fiscal beneficioso el hecho de que se aplique una reducción autonómica del 100% en los supuestos en los que unos mismos bienes hayan sido objeto de dos o más transmisiones en un periodo máximo de 10 años.

Para los supuestos de transmisión "inter vivos" de participaciones a favor del cónyuge, descendientes o adoptados, de una empresa individual, de un negocio profesional incluidos los relacionados con la producción y comercialización en el sector ganadero, agrario o pesquero, o de participaciones en entidades del donante a los que sea de aplicación la exención regulada en el IP, se aplicará una reducción del 95% del valor de la adquisición, siempre que concurren las siguientes condiciones:

- Que el donante tuviese 65 o más años o se encontrase en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.
- Que, si el donante viniera ejerciendo funciones de dirección, dejara de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la

³⁴ **Decreto Legislativo 62/2008, de 19 de junio, de la Comunidad Autónoma de Cantabria, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Medidas Fiscales en materia de Tributos cedidos por el Estado.** (BOC 2 de julio de 2008).

³⁵ Se equiparan cónyuges y parejas de hecho.

transmisión. No se entiende comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la Sociedad.

- En cuanto al donatario, deberá mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el IP durante los 10 años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera, por lo que, a la vista de su regulación podríamos señalar que es sustancialmente igual a la establecida en la normativa estatal.

Asimismo, no podemos dejar de señalar que recientemente³⁶ se ha creado una bonificación del 95% de la cuota tributaria hasta los primeros 60.000 euros donados, en las donaciones de metálico a descendientes y adoptados para la puesta en marcha de una actividad económica o para la adquisición de una ya existente o de participaciones en determinadas entidades, con los requisitos que a continuación se enumeran:

- Que la donación se formalice en escritura pública, en la que se hará constar expresamente que el dinero donado se destinará por el donatario a la creación o adquisición de su primera empresa individual o de su primer negocio profesional, o a la adquisición de participaciones sociales.
- Que la edad máxima del donatario sea de 35 años.
- Que la adquisición de la empresa individual, negocio profesional, o de las participaciones sociales se realice en el plazo de seis meses desde la formalización de la donación.
- Que el donatario tenga una renta familiar inferior a 4 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) anual. A estos efectos se determinará el nivel de renta por la agregación de la diferencia entre base imponible general y el importe del mínimo personal y familiar más la base imponible del ahorro de la declaración del IRPF, de todos los componentes de la unidad familiar del donatario.
- Que en el caso de adquisición de empresa, se ajuste a la definición de PYME conforme a la normativa comunitaria en la materia.
- Que cuando el metálico donado se emplee en adquirir participaciones, estas correspondan a entidades a las que sea de aplicación la exención regulada en el IP. El donatario deberá ejercer de forma efectiva funciones de dirección en la empresa cuyas participaciones se adquieran.
- Que durante el plazo de cinco años mantenga el domicilio social y fiscal de la entidad creada o participada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria. En el caso de modificarse el domicilio fiscal o social, el beneficiario deberá comunicarlo al órgano tributario competente de la Comunidad Autónoma en el plazo de treinta días hábiles desde que se produzca la incidencia.
- Que el donatario mantenga lo adquirido y tenga derecho a la exención en el IP durante los cinco años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, y no realice ningún acto que directa o indirectamente puedan dar lugar a una minoración sustancial de lo adquirido, salvo que fallezca en ese plazo.

³⁶ **Ley 6/2009, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y de contenido financiero** (BOC 30 de diciembre de 2009).

La limitación en cuanto a los primeros 60.000 euros donados se aplica tanto si se trata de una única donación como en el caso de donaciones sucesivas, proviniesen del mismo ascendiente o de diferentes ascendientes.

3.7. Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha

En el caso de esta Comunidad Autónoma la única variación³⁷ respecto de la normativa estatal se introduce en lo que se refiere a las transmisiones “inter vivos” a cónyuges, descendientes o adoptados³⁸ de derechos sobre una empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades exentas del IP, de forma que el requisito relativo al mantenimiento se entiende cumplido cuando durante esos 5 años se cumplan las condiciones señaladas en la LISD.

Eso sí, tanto en el caso de las adquisiciones “mortis causa” como de las adquisiciones “inter vivos” esta Comunidad Autónoma regula³⁹ una deducción en la cuota del 95% para el grupo I y II de parentesco⁴⁰ que también se aplica a discapacitados y al Grupo I de parentesco en los casos de adquisiciones “inter vivos”, exigiéndose los siguientes requisitos:

- Que el sujeto pasivo tenga la residencia habitual en la Comunidad Autónoma
- Que la donación se formalice en escritura pública.
- Que las donaciones que no consistan en dinero se mantengan en el patrimonio del donatario durante los 5 años siguientes a la fecha de devengo del impuesto sin realizar actos de disposición
- Que resulte aplicable la exención establecida en el IP, que se entenderá cumplido cuando durante el mencionado plazo de cinco años se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 20.6 c) de la LISD.

³⁷ **Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Tributos Cedidos** (DOCM de 17 de diciembre de 2008).

³⁸ Al efecto de aplicar la reducción se equiparan a cónyuges los miembros de parejas de hecho que hayan tenido convivencia estable de pareja durante, al menos, los dos años anteriores a la fecha de devengo del impuesto y cuya unión cumpla los requisitos establecidos en el **Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha** y en la **Orden de 8 de septiembre de 2000** que lo desarrolla. Ambas circunstancias deberán constar en los registros de carácter fiscal y en el documento público que recoja el acto o contrato sujeto al impuesto. También a las personas objeto de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo se equiparan a los adoptados, y las personas que realicen un acogimiento familiar permanente o preadoptivo se equiparan a los adoptantes.

³⁹ Fue la **Ley 14/2007**, la que se encargó de ampliar las deducciones en la cuota de este impuesto.

⁴⁰ Asimilándose a los cónyuges los miembros de parejas de hecho que hayan tenido convivencia estable de pareja durante, al menos, los dos años anteriores a la fecha de devengo del impuesto y cuya unión cumpla los requisitos de la normativa autonómica sobre el registro de parejas de hecho.

Pues bien, el hecho de que el beneficio autonómico se estructure como una deducción en la cuota y no en los términos habituales de reducción propia autonómica o mejora de la del Estado propios de otras Comunidades Autónomas, hace compatibles y aplicables tanto la estatal como la deducción autonómica del 95 por 100 de la cuota resultante de haber aplicado previamente al valor real de esos bienes empresariales la reducción estatal del 95% eso sí, condicionadas, en ambos casos, a la previa exención del IP⁴¹.

3.8. Comunidad Autónoma de Castilla y León

En la Comunidad Autónoma de Castilla y León, se aplica⁴² una reducción propia del 99% en los supuestos de adquisición "mortis causa" por parte del cónyuge⁴³, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales, por consanguinidad, hasta el tercer grado de la persona fallecida de empresa individual, negocio profesional siempre que estén situados en esta Comunidad Autónoma en la que se reduce el periodo de permanencia de 10 a 5 años⁴⁴ y se introduce otra mejora en el caso del grupo familiar que es susceptible de cumplir con el requisito de participación que se amplía por el legislador autonómico hasta los parientes colaterales de cuarto grado (en la normativa estatal únicamente hasta los de segundo grado), manteniendo el resto de requisitos con una regulación sustancialmente similar a la normativa estatal⁴⁵.

Asimismo resulta aplicable una reducción propia del 99% para las adquisiciones "mortis causa" por parte del cónyuge, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y

⁴¹ En este supuesto concreto, serán los órganos de gestión autonómicos quienes deberán determinar si se cumplen o no los requisitos de exención del IP para confirmar la deducción en la cuota -dado que los sujetos beneficiados por esta deducción deben presentar obligatoriamente autoliquidación del Impuesto- lo que complica y dilata la mecánica de aplicación del tributo, tarea indagatoria que, como sostiene LUCHENA MOZO, se mantiene en tanto no transcurra el plazo quinquenal que pende sobre la deducción como condición resolutoria en las adquisiciones "inter vivos".

⁴² Decreto Legislativo 1/2008, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos cedidos por el Estado (B.O.C.yL. 1-10-2008).

⁴³ Se asimilan a los cónyuges los miembros de uniones de hecho que hayan tenido convivencia estable de pareja durante, al menos, dos años anteriores a la fecha de devengo del impuesto y cuya unión se haya inscrito en el Registro de Uniones de Hecho de Castilla y León.

⁴⁴ Salvo expropiación forzosa o transmisión a favor de cualquiera de las personas que hubieran podido gozar de esta reducción, en cuyo caso, el nuevo adquirente deberá mantener lo adquirido hasta completar el plazo de siete años desde la primera transmisión.

⁴⁵ Es decir, que la actividad se ejerza por el causante de forma habitual, personal y directa; que los ingresos del causante procedentes de esta actividad supongan al menos el 50% de la suma de sus rendimientos de actividades económicas y del trabajo personal. Para ello no se tendrán en cuenta las remuneraciones que traigan causa de las participaciones del causante que disfruten de reducción y de aquellas otras a las que se refiere el artículo 20, 2, c) de la LISD, que cuando un mismo causante ejerza dos o más actividades de forma habitual, personal y directa, la reducción alcance a todos los bienes y derechos afectos a las mismas, determinándose el anterior porcentaje con el conjunto del rendimiento de todas ellas y que el adquirente no puede realizar actos de disposición y operaciones societarias que puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de adquisición.

colaterales, por consanguinidad, hasta el tercer grado del fallecido de participaciones en entidades que no coticen en mercados organizados, domiciliadas en Castilla y León si concurren, en este caso, las siguientes circunstancias:

- Que la entidad, sea o no societaria, no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entiende que una empresa gestiona dicho patrimonio y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurren, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes: que más de la mitad de su activo este constituido por valores o que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas⁴⁶.
- Que la participación del causante en el capital de la entidad sea al menos igual al 5% computado de forma individual o al 20% conjuntamente con el cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el cuarto grado de parentesco ya sea este por consanguinidad, afinidad o adopción.
- Que el causante, o en el caso de participación conjunta alguna de las personas del grupo familiar referidas, ejerzan efectivamente funciones de dirección en la entidad y que la retribución que perciba por ello suponga al menos el 50% de la suma de sus rendimientos de actividades económicas y del trabajo personal. A tal efecto no se tendrán en cuenta los rendimientos de las actividades económicas cuyos bienes y derechos afectos disfruten de reducción en el impuesto. Cuando un mismo causante sea directamente titular de participaciones en varias entidades, y en ellas concurren las restantes condiciones exigidas anteriormente, el cálculo del porcentaje a que se refiere la letra anterior se efectuará de forma separada para cada una de dichas entidades, no incluyéndose los rendimientos derivados de las funciones de dirección en las otras entidades.
- Que el adquirente mantenga en su patrimonio la adquisición durante los 5 años siguientes. No se considera incumplimiento de este requisito la transmisión que sea consecuencia de una expropiación forzosa o la realizada a favor de cualquiera de las personas que hubieran podido gozar de la reducción en caso de haber recibido las participaciones directamente del causante, en cuyo caso, el nuevo adquirente deberá mantener lo adquirido hasta completar el plazo de siete años desde la primera transmisión.
- Que se mantenga el domicilio fiscal de la actividad en el territorio de Castilla y León durante los 5 años siguientes al fallecimiento del causante.

El adquirente no puede realizar actos de disposición y operaciones societarias que, aún indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de adquisición.

Por último, resulta aplicable una reducción propia del 99% en adquisiciones "mortis causa" de explotaciones agrarias que también en este caso reduce el periodo de permanencia de 10 a 5 años con los requisitos siguientes:

⁴⁶ A efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos hay que comprobar en la normativa autonómica los valores y elementos afectos a actividades económicas que no se computan.

- Que el causante, en la fecha de fallecimiento, tuviera la condición de agricultor profesional.
- Que la adquisición corresponda al cónyuge, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales, por consanguinidad, hasta el tercer grado de la persona fallecida.
- Que el adquirente mantenga en su patrimonio la explotación durante los 5 años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciese el adquirente dentro de este plazo.

Las tres reducciones descritas resultan incompatibles entre si para una misma adquisición y también con las reducciones reguladas en el apartado 2c) del artículo 20 de la LISD.

Para terminar hemos de señalar que se aplica a su vez una bonificación del 99% en la cuota aplicable tanto a las adquisiciones "mortis causa" como a las adquisiciones "inter vivos" por sujetos pasivos incluidos en el grupo I (descendientes o adoptados del causante menores de 21 años) y en el grupo II (descendientes o adoptados de 21 o más años, cónyuge, ascendiente o adoptante). En el caso de las adquisiciones "inter vivos", como en la mayoría de las Comunidades Autónomas, habrán de cumplirse los siguientes requisitos:

- Que la donación debe formalizarse en documento público.
- Que cuando la donación sea en metálico o se deposite en cuenta corriente de ahorro, a la vista o a plazo, es necesario que el origen de los fondos esté justificado y que el mismo se haga constar en el documento en que se formalice.

3.9. Comunidad Autónoma de Cataluña

Hasta fecha reciente esta Comunidad Autónoma mantenía una reducción por adquisición de empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades por cónyuge, descendientes o adoptados, ascendientes o adoptantes o colaterales hasta el tercer grado con un contenido sustancialmente similar al establecido en la normativa estatal, mejorando el periodo mínimo de mantenimiento que se reducía a 5 años.

La Ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del ISD introduce⁴⁷ como propia la reducción por la adquisición de bienes y derechos afectos a una actividad económica o de participaciones en entidades por parte de personas que, si bien no tienen relación de parentesco con el causante, sí que tienen determinados vínculos laborales o profesionales con la entidad y una antigüedad que las hace merecedoras de disfrutar del beneficio fiscal, siempre y cuando mantengan los bienes y la actividad empresarial o profesional durante un plazo mínimo de cinco años.

La ampliación del alcance de la reducción llamada en la norma autonómica "*de la empresa familiar*" persigue también la finalidad primera y última del beneficio fiscal, que no es otra que la pervivencia del tejido empresarial productivo del país en su tránsito intergeneracional. Hay, como pone de manifiesto la propia exposición de motivos del

⁴⁷ DOGC de 11 de junio de 2010.

texto de la Ley mencionada, una voluntad patente de incentivar esta fuente de riqueza y empleo.

Con relación a las reducciones aplicables a la empresa familiar, cabe destacar que la Ley mencionada, a la luz de la experiencia de la gestión tributaria en la aplicación de estas reducciones, incorpora ciertos preceptos provenientes de otras normas tributarias con el objetivo último de aumentar la precisión y la seguridad jurídica de la normativa reguladora de este tributo⁴⁸. Se trata de puntualizaciones totalmente ajustadas a la finalidad propia de estas reducciones, que no es otra que la de favorecer la transmisión del tejido empresarial de generación en generación, minorando sensiblemente el coste fiscal que grava este tipo de operaciones.

En este mismo ámbito, y en cuanto a los beneficios fiscales que se otorgan a la empresa familiar, es preciso aclarar también que, al igual que ocurría en las regulaciones anteriores, se excluye de la aplicación de las reducciones a aquellas estructuras que, más o menos organizadas bajo la apariencia de empresa, acogen en realidad meros patrimonios personales.

Para quienes pueden beneficiarse del régimen de empresa familiar, la tributación no varía si la transmisión generacional es "inter vivos" o "mortis causa". No obstante, hay que tener en cuenta que para aplicar la bonificación del 95% en la donación de la empresa familiar, el donante debe tener más de 65 años, no resultando de su aplicación otras reducciones, como las de parentesco, que sí funcionan en sucesiones. Por otra parte, en el caso de las donaciones los bienes conservan la antigüedad y plusvalía que lleve acumulada el donante.

Así y aclarado lo anterior, en la norma autonómica catalana encontramos las siguientes reducciones que afectan a las empresas familiares.

En primer lugar, en las adquisiciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge⁴⁹, a los descendientes, a los ascendientes o a los colaterales hasta el tercer grado del causante, tanto por consanguinidad o adopción como por afinidad, puede aplicarse una reducción del 95% del valor neto de los elementos patrimoniales afectos a una actividad empresarial o profesional del causante.

⁴⁸ Así, el artículo 7 de la Ley incorpora el concepto de actividad empresarial o profesional que rige en la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Con estos mismos alcance y origen, el artículo 8 introduce una primera noción de bienes afectos. Y, en el ámbito de la reducción por la adquisición de participaciones, el artículo 12, relativo al concepto de entidad que gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario, acoge el concepto proveniente de la normativa del impuesto sobre sociedades y en el artículo 13 se determina, en el mismo sentido el concepto de actividad y bienes afectos.

⁴⁹ El miembro de la pareja que queda viudo, que en la legislación estatal se considera a efectos de herencia como un extraño (grupo IV), en Cataluña se beneficia de la reducción más alta, la del cónyuge e hijos (grupo II). Igualmente, se equipara con los parientes del grupo III (hermanos, tíos, sobrinos) a las personas en situaciones de convivencia de ayuda mutua.

Esta reducción también se aplica respecto a los bienes del causante utilizados en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional ejercida por el cónyuge superviviente, cuando éste sea el adjudicatario de los bienes en la partición hereditaria o el causante se los haya atribuido.

Asimismo, y en la tónica descrita con anterioridad, pueden disfrutar de esta reducción, cumpliendo el resto de los requisitos exigibles, las personas que, sin tener la relación de parentesco que en el mismo se especifica cumplan en la fecha de la muerte del causante los siguientes requisitos:

- Que tengan una vinculación laboral o de prestación de servicios con la empresa o el negocio profesional del causante, con una antigüedad mínima acreditada de diez años.
- Que tengan encomendadas tareas de responsabilidad en la gestión o dirección de la empresa o el negocio profesional del causante, con una antigüedad mínima de cinco años en el ejercicio de estas tareas. Se entiende que tiene encomendadas estas tareas si acredita la categoría laboral correspondiente a los grupos 1 y 2 de cotización del régimen general de la Seguridad Social o si el causante le había otorgado un apoderamiento especial para llevar a cabo las actuaciones habituales de gestión de la empresa.

El disfrute definitivo de esta reducción queda condicionado al mantenimiento del ejercicio de la actividad empresarial o profesional durante los cinco años siguientes a la muerte del causante, salvo que el adquirente fallezca en este plazo, así como al mantenimiento en el patrimonio del adquirente, durante el mismo plazo y con la misma excepción, de los mismos bienes y derechos, o de bienes y derechos subrogados de valor equivalente, y de su afectación a la actividad.

En segundo término, en las adquisiciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes o a los colaterales hasta el tercer grado del causante, tanto por consanguinidad o adopción como por afinidad, puede aplicarse una reducción del 95%⁵⁰ del valor de las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados⁵¹, por la parte que corresponda en razón de la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de cada entidad⁵², siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que la entidad no tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.
- Que la participación del causante en el capital de la entidad fuera al menos del 5%, de forma individual, o del 20% conjuntamente con el cónyuge, los descendientes, los

⁵⁰ En caso de adquisición de participaciones en sociedades laborales, la reducción es del 97%.

⁵¹ La reducción no se aplica en ningún caso a las participaciones en instituciones de inversión colectiva.

⁵² Dichas reglas se aplican asimismo a la valoración de la participación en entidades participadas para determinar el valor de las participaciones de la entidad tenedora.

ascendientes o los colaterales hasta el tercer grado del causante, tanto por consanguinidad o adopción como por afinidad.

- Que el causante ejerciera efectivamente funciones de dirección en la entidad, tarea por la que percibiera una remuneración que representara más del 50% de la totalidad de sus rendimientos por actividades económicas y el trabajo personal.

Como en el caso anterior, el disfrute definitivo de la reducción establecida en la presente sección queda condicionado al mantenimiento de los elementos adquiridos en el patrimonio del adquirente durante los cinco años siguientes a la muerte del causante, salvo que el adquirente fallezca en este plazo.

A las reducciones descritas se une una tercera que afecta a las adquisiciones por causa de muerte, los causahabientes que, sin tener la relación de parentesco mencionada en los supuestos anteriores, adquieren participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, pueden disfrutar de la reducción del 95% del valor de las participaciones adquiridas por la parte que corresponda en razón de la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de cada entidad.

En este caso, además de los requisitos que se exigen en la reducción aplicable a los parientes, el causahabiente debe tener en la fecha de la muerte del causante una vinculación laboral o de prestación de servicios con la entidad cuyas participaciones son objeto de adquisición gratuita, con una antigüedad mínima de diez años, y debe haber ejercido funciones de dirección en la misma como mínimo los cinco años anteriores a dicha fecha. Igualmente, su participación en el capital de la entidad resultante de la adquisición por causa de muerte debe ser de más del 50%; si se trata de sociedades laborales, la participación debe ser de más del 25%.

Por último, y como ocurre en otras muchas Comunidades Autónomas, también resulta aplicable una reducción propia del 95% por la adquisición de bienes del causante utilizados en la explotación agraria, siempre que se adquieran por el cónyuge, los descendientes o adoptados, los ascendientes o adoptantes o los colaterales hasta el tercer grado del causante, incluso cuando la explotación agraria la lleve a cabo a través de otros sujetos de derecho en los que participe el causahabiente que sea adjudicatario de los bienes, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el causahabiente tenga la condición de agricultor profesional.
- Que el objeto de la persona jurídica sea exclusivamente el ejercicio de la actividad agraria.
- Que se mantenga durante los 5 años siguientes a la muerte del causante de los mismos bienes, o sus subrogados con un valor equivalente, en el patrimonio del adquirente, así como de su utilización exclusiva en la explotación agraria, salvo que el adquirente muera dentro de este plazo. El causahabiente debe mantener también en este plazo la condición de agricultor profesional.

No debemos finalizar sin advertir que, al margen de las reducciones que acabamos de describir, en las adquisiciones por causa de muerte, los contribuyentes de los grupos I y II, tras aplicar las reducciones a que tengan derecho, pueden reducir en un 50% el exceso de base imponible, con determinados importes máximos de reducción.

Por último, en los casos en que un mismo bien es objeto de dos o más transmisiones por fallecimiento en un plazo inferior a diez años se permite la reducción de una parte del valor del bien que resulta mayor cuanto menos tiempo ha transcurrido entre una sucesión y otra.

Por su parte y en lo que respecta a las adquisiciones "inter vivos" en las donaciones o cualquier otro negocio jurídico gratuito equiparable entre vivos a favor del cónyuge, de los descendientes, de los ascendientes o de los colaterales hasta el tercer grado del donante, tanto por consanguinidad o adopción como por afinidad, puede aplicarse a la base imponible una reducción del 95% del valor neto de la totalidad de los elementos afectos a una actividad empresarial o profesional del donante de la que también podrán disfrutar aquellas personas que, sin tener la relación de parentesco que en el mismo se especifica, y sin perjuicio de que deban cumplir los demás requisitos y condiciones determinados en la norma autonómica, cumplan en la fecha de la donación idénticos requisitos de vinculación laboral y función en la empresa que se exigían en este mismo supuesto en las adquisiciones "mortis causa".

Para poder disfrutar de esta reducción es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que la actividad sea ejercida por el donante de forma habitual, personal y directa o lo que es lo mismo, como señala el propio legislador que lo haya hecho con vocación de perdurabilidad y continuidad personal en el tiempo, la ha desarrollada por sí mismo y ha ejercido el control de la misma sin intermediario y ha tenido a su cargo las funciones y facultades de gestión y organización de la actividad.
- Que el donante haya cumplido 65 años, o cese anticipadamente en una actividad agraria, en los términos establecidos en el Reglamento (CE) 1257/1999 del Consejo, o se halle en situación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez.
- Que los rendimientos derivados del ejercicio de la actividad empresarial o profesional cuyos elementos patrimoniales afectos son objeto de donación constituyan al menos el 50% de la totalidad de los rendimientos del trabajo personal, del capital mobiliario e inmobiliario y de las actividades económicas a efectos del IRPF.
- Que en la fecha de la donación el donante cese en la actividad empresarial o profesional y deje de percibir rendimientos de la misma.

El disfrute definitivo de esta reducción se condiciona al mantenimiento del ejercicio de la actividad empresarial o profesional durante los 5 años siguientes a la donación, o al negocio jurídico equiparable, salvo que el donatario fallezca en este plazo, así como al mantenimiento en el patrimonio del donatario, durante el mismo plazo y con la misma excepción, de los elementos que han sido objeto de la donación, o de los elementos subrogados, y de su afectación a la actividad empresarial o profesional.

Asimismo, en las donaciones o cualquier otro negocio jurídico gratuito equiparable entre vivos a favor del cónyuge, descendientes, ascendientes o colaterales hasta el tercer grado del donante, tanto por consanguinidad o adopción como por afinidad, puede aplicarse a la base imponible una reducción del 95% del valor de las participaciones en entidades⁵³, con cotización o sin cotización en mercados organizados, por la parte que corresponda en razón de la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de cada entidad cumpliéndose los siguientes requisitos:

- Que el donante haya cumplido sesenta y cinco años, o se halle en situación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez.
- Que la entidad no tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.
- Que la participación del donante en el capital de la entidad sea al menos del 5%, computado individualmente, o del 20%, computado conjuntamente con el cónyuge, los descendientes, los ascendientes o los colaterales hasta el tercer grado del donante, tanto por consanguinidad o adopción como por afinidad.
- Que el donante haya ejercido efectivamente funciones de dirección en la entidad y haya percibido por esta tarea una remuneración que constituya al menos el 50% de la totalidad de los rendimientos de actividades económicas y del trabajo personal.⁵⁴
- Que el donante, en la fecha de la donación, si ejerce funciones de dirección en la entidad, deje de ejercerlas y deje de percibir las correspondientes remuneraciones.

El disfrute definitivo de la reducción queda condicionado en este caso concreto al mantenimiento en el patrimonio del donatario, durante los 5 años siguientes a la donación, o al negocio jurídico equiparable, y salvo que el donatario fallezca en este plazo, de los elementos que han sido objeto de la donación, así como al cumplimiento, durante el mismo plazo y con la misma excepción, de los requisitos que establecen para la entidad participada y para el donante en la norma mencionada.

Una tercera reducción autónoma en este impuesto afecta a las donaciones o cualquier otro negocio jurídico gratuito equiparable a favor de personas que, sin tener relación de parentesco adquieren participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, puede aplicarse una reducción del 95% del valor de las participaciones adquiridas, por la parte que corresponda en razón de la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de cada entidad.

⁵³ En caso de donación de participaciones en sociedades laborales, la reducción será del 97 por 100.

⁵⁴ A tal efecto no deben computarse como rendimientos del trabajo personal los rendimientos derivados del ejercicio de funciones de dirección en otras entidades, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la norma autónoma.

Para poder disfrutar de esta reducción es preciso que se cumplan, además de los requisitos exigibles en el caso de donación de la participación en entidades, los siguientes:

- Que el donatario tenga una vinculación laboral o de prestación de servicios con la entidad cuyas participaciones son objeto de adquisición gratuita, con una antigüedad mínima de diez años, y que haya ejercido funciones de dirección en la misma como mínimo los cinco años anteriores a esta fecha.
- Que la participación del donatario en el capital de la entidad resultante de la donación sea de más del 50%.

El disfrute definitivo de la reducción queda condicionado a que el donatario mantenga en su patrimonio, durante los 5 años siguientes a la donación, o al negocio jurídico equiparable, y salvo que fallezca en este plazo, los elementos que han sido objeto de la donación, y a que continúe ejerciendo en la entidad, durante el mismo plazo y con la misma excepción, funciones de dirección.

Por último, también se regula una reducción vinculada a las donaciones de dinero a favor de descendientes para constituir o adquirir una empresa individual o un negocio profesional o para adquirir participaciones en entidades, siempre y cuando la empresa, el negocio o la entidad tengan su domicilio fiscal y social en Cataluña, puede aplicarse una reducción del 95%, con una reducción máxima de 125.000 euros, o de 250.000 euros para donatarios que tengan un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

Los importes máximos mencionados se aplican tanto en caso de una única donación de dinero como en caso de donaciones sucesivas o simultáneas, que a tal efecto son acumulables, tanto si provienen del mismo ascendiente como si provienen de distintos ascendientes. En caso de donaciones sucesivas, sólo puede aplicarse la reducción, con los mencionados límites, a las que se hayan realizado en los seis meses anteriores a la constitución o la adquisición de la empresa o negocio o a la adquisición de las participaciones.

Para poder disfrutar de esta reducción es preciso que se cumplan un sinnúmero de requisitos que van desde la necesidad de formalizar la donación en escritura pública evidenciado su finalidad, a la necesidad de que el donatario no tenga más de cuarenta años en la fecha de formalización, o determinados límites cuantitativos de forma que el importe de la cifra de negocios neto del último ejercicio cerrado antes de la fecha de adquisición no puede superar 3 millones de euros, en caso de adquisición de una empresa individual y 1 millón de euros, en caso de adquisición de un negocio profesional.

Asimismo, el disfrute definitivo de esta reducción como ocurre en todos los casos queda condicionado al hecho de que el donatario continúe ejerciendo funciones de dirección en la entidad durante los 5 años siguientes a la donación, o al negocio jurídico equiparable, salvo que el donatario fallezca en este plazo, así como al mantenimiento en el patrimonio del donatario, durante el mismo plazo y con la misma excepción, de los bienes resultantes de la donación, o de bienes subrogados de valor equivalente.

3.10. Comunidad Autónoma de Extremadura

En Extremadura se aplica⁵⁵ una reducción propia del 100% del valor de adquisición “mortis causa” de una empresa individual, negocio profesional o de participaciones en entidades societarias sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que sea de aplicación la exención regulada en el IP.
- Que la actividad se ejerza en Extremadura.
- Que la adquisición corresponda al cónyuge⁵⁶, descendientes o a falta de estos, ascendientes y colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.
- Que se mantenga la adquisición y el domicilio fiscal en el territorio de la Comunidad Autónoma durante los 10 años siguientes al fallecimiento.

Debemos aclarar además que esta reducción no es aplicable a las empresas, negocios o entidades societarias cuya actividad sea la gestión de patrimonios mobiliarios o inmobiliarios.

Asimismo el legislador extremeño también señala que sólo la podrá aplicar el adquirente que se adjudique la empresa individual o el negocio profesional. En el caso de participaciones en entidades societarias, la podrán aplicar los adjudicatarios de las mismas.

Asimismo, también se mejora la reducción por adquisición “mortis causa” de explotaciones agrarias regulada por la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, hasta el 100%.

Por su parte, la Ley 19/2010, de 28 de diciembre de Medidas Tributarias y Administrativas de esta Comunidad Autónoma⁵⁷ ha introducido recientemente en su artículo 14 otra reducción, en este caso variable, a favor del cónyuge, los descendientes y los ascendientes por herencias en las que el caudal hereditario no sea superior a 600.000 euros que resulta aplicable sin perjuicio del resto de las reducciones previstas a nivel estatal o autonómico siempre que el sujeto pasivo esté comprendido en los grupos I y II y su patrimonio preexistente no supere los 300.000 euros.

En los casos de adquisición “inter vivos” de una empresa individual, negocio profesional o de participaciones en entidades societarias que no coticen en mercados organizados desde 2009 se aplica una reducción propia del 99% sujeta a los siguientes requisitos⁵⁸:

⁵⁵ **Decreto Legislativo 1/2006, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de Tributos Cedidos por el Estado.**

⁵⁶ En relación con el ISD, los miembros de las parejas de hecho inscritas en el Registro regulado en la Ley 5/2003, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, se equiparan a los cónyuges.

⁵⁷ DOE, núm. 249, de 29 de diciembre de 2010.

⁵⁸ **Ley 6/2008, de 26 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de Medidas Fiscales de la Comunidad Autónoma de Extremadura.** (DOE de 31 de diciembre de 2008).

- Que sea de aplicación la exención regulada en el IP.
- Que la actividad se ejerza en esta Comunidad Autónoma.
- Que el donante tenga 65 o más años o se encuentre en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez y que, si viniera ejerciendo funciones de dirección, dejare de ejercer y percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión. No se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración.
- Que la adquisición corresponda al cónyuge o descendientes del donante.
- Que se mantenga la adquisición durante los 10 años siguientes a la transmisión.
- Que se mantenga el domicilio fiscal de la empresa o negocio o el domicilio fiscal y social de la entidad societaria en el territorio extremeño durante los 10 años siguientes a la transmisión.
- Que, tratándose de participaciones societarias, el donatario alcance al menos el 50% del capital social, ya sea de forma individual o conjuntamente con su cónyuge, descendientes, ascendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado por consanguinidad.

Asimismo, como ocurre en el caso de las adquisiciones “mortis causa” se establece una reducción propia del 99% en las donaciones a descendientes y cónyuge de una explotación agraria situada en el territorio de Extremadura o de derechos de usufructo sobre la misma, en los supuestos regulados en los artículos 9, 10, 11 y 20 de la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

De forma reciente, y con entrada en vigor en 2011⁵⁹ también se ha aprobado una nueva reducción del 99% sobre los primeros 120.000 euros, aplicable ahora a las donaciones a descendientes de cantidades destinadas a constituir o adquirir una empresa individual o un negocio profesional o para adquirir participaciones en entidades.

Esta reducción queda sometida al cumplimiento de toda una serie de requisitos que van desde su formalización en escritura pública a la necesidad de que el donatario sea mayor de edad o menor emancipado en la fecha de formalización (en este caso no se advierte ningún límite de máximo de edad como ocurría en el caso catalán) Asimismo el donatario ha de tener un patrimonio inferior a 402.678,11 euros en la fecha de formalización y lo donado si es una empresa individual no sobrepasará los 3 millones de euros que se reducen a 1 millón en el caso un negocio profesional. El domicilio fiscal o social de la empresa, negocio o entidad societaria han de estar situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura y mantenerse durante los 10 años siguientes a la fecha de la escritura pública de la donación.

Asimismo, incide indirectamente en la empresa familiar otra nueva reducción del 99% sobre los primeros 120.000 euros que afecta a donaciones a descendientes de inmuebles destinados a desarrollar una actividad empresarial o un negocio profesional que, entre otros requisitos exige que la constitución de la empresa individual o del negocio

⁵⁹ **Ley 19/2010, de 28 de diciembre de medidas tributarias y administrativas de esta Comunidad Autónoma, ya citada.**

profesional tiene que llevarse a cabo en el plazo máximo de seis meses desde la formalización de la donación.

Para concluir con la normativa tributaria aplicable en Extremadura hemos de señalar que esta Comunidad Autónoma establece que en ningún caso podrá ser aplicable sobre un mismo bien o porción del mismo más de una reducción o beneficio fiscal que haya sido establecido por la normativa estatal o autonómica extremeña en consideración de la naturaleza de dicho bien. En particular, son incompatibles entre sí las reducciones por adquisiciones de empresa individual, negocio profesional, participaciones societarias y explotaciones agrarias, tanto en adquisiciones “mortis causa” como “inter vivos”.

3.11. Comunidad Autónoma de Galicia

En la Comunidad Autónoma de Galicia resulta de aplicación⁶⁰ una reducción propia del 99% en los supuestos de adquisición “mortis causa” de empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades cuyo domicilio radique en el territorio de dicha Comunidad Autónoma, cuando la adquisición corresponda al cónyuge, descendiente o adoptados, ascendientes o adoptantes o colaterales hasta tercer grado, siempre y cuando se cumplan los requisitos siguientes:

- Que el adquirente mantenga la adquisición, así como la ubicación del negocio en dicha Comunidad Autónoma.
- Que tenga derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los 5 años siguientes, salvo que falleciese o transmitiese la adquisición en virtud de pacto sucesorio con arreglo a lo previsto en la Ley de Derecho Civil de Galicia.
- Que se vinieran ejerciendo efectivamente actividades que se deriven de su objeto social durante un periodo superior a los 2 años anteriores al devengo del impuesto.

Asimismo se aplica una reducción propia, también del 99%, que afecta a las adquisiciones “mortis causa” de explotaciones agrarias que se sitúen en dicha Comunidad Autónoma y cumplan, en este caso, los siguientes requisitos:

- Que la adquisición se realice por el cónyuge, los descendientes y adoptados, ascendientes o adoptantes y colaterales hasta tercer grado.
- Que el causante, o su cónyuge⁶¹, tengan la condición de agricultor profesional.
- Que a la fecha del devengo los adquirentes o sus cónyuges⁶² tengan la condición de agricultor profesional y sean titulares de una explotación agraria a la cual estén afectos los elementos que se transmiten o bien socios de una sociedad agraria de transformación, cooperativa de explotación comunitaria de la tierra o sociedad civil que sea titular de una explotación agraria a la cual estén afectos dichos elementos.

⁶⁰ **Ley 9/2008, de 28 de julio, de la Comunidad Autónoma de Galicia, de medidas tributarias en relación con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones** (DOG 7 de agosto de 2008).

⁶¹ El cónyuge se añadió por la **Ley 9/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el 2010**. (DOG 30 de diciembre de 2009).

⁶² Idem.

- Que se mantenga durante los 5 años siguientes al devengo, salvo fallecimiento o transmisión en virtud de pacto sucesorio.
- Que se vinieran ejerciendo efectivamente actividades agrarias durante un periodo superior a los dos años anteriores al devengo del impuesto.

Asimismo, como en la mayoría de las Comunidades Autónomas se establecen para las adquisiciones “mortis causa” mejoras en las reducciones por parentesco que afectan en distinta medida a los grupos I, II y III, y a los discapacitados, así como una regulación más favorable de la tarifa y los coeficientes multiplicadores. Por último se aplican deducciones en la cuota del 99% para el grupo I y del 100% al grupo II con un límite de 125.000 euros.

En lo que se refiere a las adquisiciones “inter vivos” se aplica una reducción propia del 99% a las adquisiciones de empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades cuyo domicilio radique en el territorio de la Comunidad Autónoma si se cumplen los siguientes requisitos:

- Que la adquisición se realice por el cónyuge, descendientes o adoptados y colaterales hasta tercer grado del donante.
- Que el donante tenga 65 o más años o se encuentre en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez.
- Que, si el donante ejercía funciones de dirección, deje de ejercerlas y de percibir remuneraciones desde su transmisión.
- Que el adquirente mantenga la adquisición, así como la ubicación del negocio y tenga derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los 5 años siguientes, salvo que falleciese o transmitiese la adquisición en virtud de pacto sucesorio con arreglo a lo previsto en la Ley de Derecho Civil de Galicia.

En el caso de participaciones en entidades, éstas deberán tener la consideración de empresas de reducida dimensión:

- Que la empresa o entidad haya venido ejerciendo efectivamente las actividades de su objeto social durante un periodo superior a los dos años anteriores al devengo del impuesto.

También en el caso de las transmisiones “inter vivos” de explotación agraria situada en Galicia así como sus elementos, se aplica idéntica reducción del 99%, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el donante tenga 65 o más años o en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez.
- Que tenga, además la condición de agricultor profesional en la fecha de devengo y la pierde como consecuencia de la donación.
- Que el donatario sea el cónyuge, descendientes o adoptados y colaterales hasta tercer grado por consanguinidad.
- Que se mantenga durante 5 años, salvo fallecimiento o transmisión por pacto sucesorio.

- Que la explotación agraria haya venido ejerciendo efectivamente las actividades de su objeto social durante un periodo superior a los 2 años anteriores al devengo del impuesto.

Por último debemos añadir que en las adquisiciones “mortis causa” esta Comunidad Autónoma se aplica una deducción del 99% para contribuyentes del grupo I de parentesco que se eleva al 100% para los contribuyentes del grupo II siempre que su base imponible fuese igual o inferior a 125.000 euros.

3.12. Comunidad Autónoma de la Rioja

La Comunidad Autónoma de la Rioja aplica⁶³ una reducción propia del 99% en los supuestos de adquisición “mortis causa” de empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades cuando se cumplan, además de la exención en el Impuesto sobre el patrimonio, los siguientes requisitos:

- Que la adquisición corresponda al cónyuge o pareja de hecho inscrita, descendientes, adoptados o personas objeto de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo, ascendientes, adoptantes o personas que realicen un acogimiento familiar permanente o preadoptivo y colaterales, por consanguinidad, hasta el cuarto grado de la persona fallecida.
- Que la empresa o negocio o, en su caso, la entidad, así como el adquirente estén situados o tengan su domicilio fiscal en La Rioja.
- Que permanezca en el patrimonio del adquirente 5 años, exigiéndose que se mantenga la ubicación de la empresa en este plazo. El adquirente, además no podrá realizar en el mismo plazo actos de disposición ni operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición.

En el caso de participaciones en entidades se exige que no coticen en mercados organizados se modifica el criterio de la LIP los efectos del cómputo del porcentaje de participación en la entidad del 20% admitiendo que el grupo familiar pueda formarse por el cónyuge o pareja de hecho inscrita, descendientes, adoptados o personas objeto de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo, ascendientes, adoptantes o personas que realicen un acogimiento familiar permanente o preadoptivo y colaterales, por consanguinidad, hasta el cuarto grado del causante.

También se aplica una reducción propia del 99% por adquisición “mortis causa” de explotaciones agrarias, con los siguientes requisitos:

- Que el causante tenga la condición de agricultor profesional en la fecha del fallecimiento.

⁶³ La última redacción de estas reducciones se contiene en la reciente **Ley 10/2010, de 16 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2011** (BOLR num. 154 de 20 de diciembre de 2010).

- Que el adquirente conserve en su patrimonio la explotación agraria durante los 5 años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que durante ese plazo fallezca a su vez el adquirente.
- Que el adquirente tenga en la fecha de devengo del impuesto la condición de agricultor profesional, ser titular de una explotación agraria a la que se incorporen los elementos de la explotación que se transmiten, y tener su domicilio fiscal en La Rioja.
- Que la adquisición corresponda al cónyuge o pareja de hecho inscrita en cualquier registro oficial de uniones de hecho; descendientes, adoptados o personas objeto de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo; ascendientes, adoptantes o personas que realicen un acogimiento familiar permanente o preadoptivo; y colaterales, por consanguinidad, hasta el cuarto grado de la persona fallecida.

A las reducciones mencionadas se añade que en las adquisiciones “mortis causa” por sujetos pasivos incluidos en los grupos I y II se aplicará una deducción del 99% de la cuota que resulte después de aplicar las deducciones estatales y autonómicas que, en su caso, resulten procedentes de la que disfrutarán los contribuyentes con residencia habitual durante los 5 años previos al hecho imponible en la Comunidad Autónoma de La Rioja y en otras Comunidades Autónomas que no excluyan de los beneficios fiscales en el ISD a los contribuyentes con domicilio fiscal en La Rioja.

En los supuestos de adquisiciones “inter vivos” se aplica una reducción propia del 99% a las adquisiciones de empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades que no coticen en mercados organizados, en este caso, con idénticos requisitos a los que vimos en las adquisiciones “mortis causa”, sin ningún tipo de añadido por ejemplo, respecto a la edad del donante salvo que se interprete que le es aplicable el límite que se menciona expresamente en el caso de las explotaciones agrarias de 65 o más años lo que resulta dudoso.

Lo mismo cabe decir en el caso de las adquisiciones de explotaciones agrarias sometidas también a una reducción del 99% con idénticos requisitos a la que se aplica a las adquisiciones “mortis causa” en los mismos casos, si bien, ahora con el añadido de que el donante en este caso habrá de tener 65 o más años o encontrarse en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez.

3.13. Comunidad Autónoma de Madrid

En la Comunidad Autónoma de Madrid se mejora⁶⁴ la reducción estatal del 95% por adquisición de empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades por el cónyuge⁶⁵, descendientes, o adoptados, acortando el periodo de permanencia a 5 años.

⁶⁴ **Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado** (BOCM de 25 de octubre de 2010) que incorpora las modificaciones efectuadas por la **Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público**. (BOCM de 29 de diciembre de 2010).

⁶⁵ En la aplicación de lo dispuesto sobre el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se asimilarán a cónyuges los miembros de las uniones de hecho que cumplan los requisitos

A ello se añade la aplicación en las transmisiones “mortis causa” de una bonificación del 99% aplicable sobre la cuota para los grupos I y II de parentesco que supone en estos casos que la tributación real por el impuesto para este grupo de sujetos resulte prácticamente anecdótica.

En lo que se refiere a las adquisiciones “inter vivos” en el ejercicio 2011 no hay ninguna reducción vigente si bien, que no es poco a los efectos que nos preocupan, se establece una bonificación del 99% en la cuota aplicable a las donaciones aplicable a las adquisiciones “inter vivos” por los sujetos pasivos incluidos en los grupos I y II.

En este último caso, la donación debe formalizarse en escritura pública y cuando sea en metálico, depósitos en cuenta corriente o de ahorro, a la vista o a plazo deberá justificarse el origen de los fondos donados y además haberse manifestado en el documento público.

3.14. Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

En la Región de Murcia se establece⁶⁶ una reducción propia del 99% por 100 por adquisición “mortis causa” de empresa individual o negocio profesional situados en la misma, o a las participaciones en entidades con domicilio fiscal y social en la Comunidad Autónoma que podrán aplicarse los adquirentes que se adjudiquen la empresa individual, el negocio profesional o las participaciones en entidades, siempre que la participación del causante en la entidad sea al menos del 10% de forma individual, o del 20% conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el tercer grado, por consanguinidad, afinidad o adopción.

El plazo de permanencia en el patrimonio del adquirente es de 5 años siguientes al fallecimiento del causante, siempre que se mantenga también la ubicación de la empresa, negocio o entidad en ese plazo, y deberá mantenerse la inversión, en los mismos activos o similares, por el mismo plazo.

Asimismo, y aunque en la redacción original de ésta reducción se establecían límites relativos al importe neto cifra de negocios empresa individual (6 millones de euros), negocios profesionales (2,5 millones de euros), los mismos han sido suprimidos desde el 2008. Esta reducción resulta incompatible, para una misma adquisición, con las reducciones previstas en la normativa estatal.

Además en esta Comunidad Autónoma se aplica una deducción del 99% en la cuota en las adquisiciones “mortis causa” por sujetos pasivos incluidos en el grupo I de parentesco y al grupo II, en este último caso con el límite de 450.000 euros y 600.000 euros si es discapacitado en grado igual o superior a 65%.

establecidos en la **Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de hecho de la Comunidad de Madrid.**

⁶⁶ **Ley 13/2009, de 23 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, tributos propios y medidas Administrativas para el año 2010.** (BORM de 30 de diciembre de 2009).

En lo que se refiere a las adquisiciones “inter vivos” se aplica una reducción propia del 99% en los casos de adquisición de una empresa individual, negocio profesional situado en la Comunidad Autónoma o participaciones en entidades con domicilio fiscal y social en la misma si se cumplen los siguientes requisitos:

- Que la donación se realice a favor del cónyuge, descendientes o adoptados pertenecientes a grupos I y II.
- Que el donante sea mayor de 65 años o esté en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta o gran invalidez.
- Que el donante venga ejerciendo efectivamente funciones de dirección en la entidad y que la retribución percibida por ello sea su mayor fuente de renta, y que como consecuencia de la donación, no mantenga un porcentaje de participación superior al 75% del capital social de la empresa
- Que el donatario mantenga lo adquirido y el derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de esos bienes por un periodo de 10 años, salvo que falleciera durante ese plazo y no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición.
- Que el domicilio fiscal y social de la entidad se mantenga en el territorio de la Comunidad Autónoma durante los 10 años siguientes a la fecha de escritura pública de donación.

Esta reducción no será aplicable a las empresas o entidades cuya actividad sea la gestión de patrimonio mobiliario o inmobiliario, ni a las entidades con forma societaria en las que concurren los supuestos del artículo 61 del TRLIS.

Asimismo, se establece una reducción propia del 99% para las donaciones de explotaciones agrícolas situadas en esta Comunidad Autónoma, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que la donación del pleno dominio de una explotación agraria deberá serlo en su integridad.
- Que se realice a favor del cónyuge, descendientes o adoptados, encuadrados dentro de los grupos I y II de parentesco.
- Que el donante y los donatarios tengan la condición de agricultor profesional.
- Que la donación conste en escritura pública en la que se reflejará la obligación del donatario de conservar en su patrimonio y ejercer de forma personal y directa la explotación agraria durante 10 años.

3.15. Comunidad Autónoma de Valencia

Se aplica en este ámbito territorial⁶⁷ una reducción propia por adquisición “mortis causa” de empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades del 95% y que si el causante estuviese jubilado y tuviese entre 60 y 64 años disminuirá su porcentaje hasta el 90%.

⁶⁷ Esta reducción se contiene en la **Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat Valenciana.**

Además, si el causante estuviese jubilado la reducción se aplica al cónyuge o descendientes por la parte en que resulten adjudicatarios y cumplan los requisitos si se produce una permanencia a 5 años.

En caso de empresa individual o negocio profesional la reducción se extiende a los bienes del causante afectos al negocio o empresa del cónyuge sobreviviente, cuando éste cumpla los requisitos para la reducción.

El mismo criterio se utiliza en el caso de la adquisición de empresa individual agrícola a favor del cónyuge, descendientes o adoptados del causante la base imponible del impuesto, aplicándose una reducción propia del 95% del valor neto de los elementos patrimoniales afectos a la empresa transmitida en el momento de la jubilación y que si el causante estuviese jubilado y tuviese entre 60 y 64 años disminuirá su porcentaje hasta el 90%. Los requisitos exigibles en este caso son:

- Que la actividad no constituya la principal fuente de renta del causante.
- Que el causante haya ejercido dicha actividad de forma habitual, personal y directa.
- Que la empresa, por esta vía adquirida, se mantenga en el patrimonio del adquirente durante los 5 años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que aquél fallezca, a su vez, dentro de dicho plazo.

A ello debe añadirse la aplicación de una bonificación del 99% en las adquisiciones "mortis causa" por parientes del causante pertenecientes a los grupos I y II de parentesco.

Asimismo se aplica una reducción propia del 95% por transmisión de una empresa individual agrícola a favor de los hijos o adoptados o cuando no existan hijos o adoptados, de los padres o adoptantes del donante aplicable sobre el valor neto de los elementos patrimoniales afectos a la empresa transmitida. En este caso se requiere un plazo de permanencia mínimo de 5 años. Además se extiende su aplicación a los nietos siempre que su progenitor, hijo del donante, hubiese fallecido antes del devengo.

Por su parte en las donaciones se aplica una reducción del 95% a favor del cónyuge, descendientes o adoptados, para las adquisiciones "inter vivos" de empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades. Esta reducción afecta a los padres o adoptantes cuando no existan descendientes o adoptados. El plazo de permanencia requerido en este caso es de 5 años y el porcentaje de reducción disminuirá hasta el 90% cuando el donante esté jubilado y tenga más de 60 años y menos de 65.

Por último y al igual que ocurre con las adquisiciones "mortis causa", se aplica una bonificación del 99% en adquisiciones "inter vivos" por hijos o adoptados y padres del donante con un límite de 420.000 euros condicionada a que el patrimonio preexistente no exceda de 2.000.00 de euros y con ciertos límites también se mejora la situación de los incapacitados.

4. Bibliografía

- Albi Ibáñez, E. (1994). *Fiscalidad y empresa familiar*. Barcelona: Instituto de Empresa Familiar.
- Alfonso Galán, R.M. (2007). "Beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones con ocasión de la transmisión "mortis causa" de la empresa familiar". En, C. Albiñana García-Quintana (Coord.), *Estudios en Homenaje al profesor Pérez de Ayala*. Madrid: CEU-San Pablo y Dyckinson.
- Banacloche Palao, C. (2002). *Transmisión de la empresa familiar en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*. Pamplona: Aranzadi.
- Bonet Sánchez, M.P. (2006). *La empresa ante el sistema tributario*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- Calvo Vergez, J. (2006). *Régimen Fiscal de la Empresa Familiar*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- Calvo Vergez, J. (2007). "La reducción por adquisición "mortis causa" de empresa familiar, negocio profesional y participaciones en entidades en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: cuestiones teóricas y prácticas", *Revista Técnica Tributaria*, 78, pp. 45-90.
- Cayón Galiardo, A. (2000). "La familia como objeto de protección en nuestro derecho interno y comparado", *Fiscalidad en la empresa familiar*, Monografías de la Asociación Española de Asesores Fiscales, 15.
- Colao Marín, P.A. (2007). "El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y la Transmisión de la Empresa Familiar", *Quincena fiscal*, Aranzadi, 6.
- Corona Ramón, J.F. y Gálvez, J.F. (2005). "Fiscalidad de la empresa familiar". En, J. F Corona Ramón (Coord.), *Manual de la empresa familiar*. Barcelona: Deusto, pp. 167-199.
- Galán Ruiz, J. y Banacloche Palao, C. (2005). "La fiscalidad de la empresa familiar", *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, 63, pp. 36-43.
- Galapero Flores, R.M. y Arias Domínguez, A. (2008). *El régimen jurídico fiscal y laboral de la empresa familiar*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Gómez, A. y Portela González, M.C. (2005). *La empresa familiar: régimen jurídico, régimen fiscal y planificación*. Madrid: S.A.P.E.
- Luchena Mozo, G.M. (2009). "La supresión del impuesto sobre el patrimonio y las empresas familiares", *Revista de Estudios Empresariales*, 2, pp. 62-79.
- Martin Moreno, J.L. (2008). "Disparidad y complejidad de los beneficios fiscales en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones", *Cuadernos Críticos del Derecho* 1, pp. 28 y ss. www.liberlex.com/archivos/beneficios-fiscales-ISD.pdf.
- Navarro Egea, M. (2005). "Un entorno fiscal favorable para la creación, tenencia y sucesión de la empresa familiar". *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en Homenaje al profesor Calvo Ortega*. Valladolid: Editorial Lex Nova.
- Pérez-Fadón Martínez, J.J. (2001). "Régimen fiscal de la empresa familiar en España", *Impuestos: Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, 1, pp. 1439-1467.

- Pérez-Fadón Martínez, J.J. (2005). *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*. Valencia: CISS.
- Portillo Navarro, M.J. (2009). "Fiscalidad de la transmisión de la empresa familiar: un análisis por CCAA". En, J. Monreal Martínez, G. Sánchez Marín, A.L. Meroño Cerdán y R. Sabater Sánchez (Coords.), *La gestión de las empresas familiares: un análisis integral*. Madrid: Thomson-Reuters, pp. 357-375.
- Sánchez Crespo Casanova, A. (1999). "La organización del grupo familiar de empresas", *Boletín del ICAM*, Monográfico sobre *La Empresa familiar*, 12.
- Vaquera García, A. (2004). *Régimen tributario de la empresa familiar*. Madrid: Dyckinson.

LA INCIDENCIA DEL PARENTESCO EN LA APLICACIÓN DE LA BONIFICACIÓN EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES EN LA TRANSMISIÓN DE UNA EMPRESA FAMILIAR (AL HILO DE LA SENTENCIA NÚM. 465/2007 DE 25 DE MAYO, DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2ª)

María Teresa Mata Sierra¹
mtmats@unileon.es

Universidad de León

fecha de recepción: 29/03/2011
fecha de aceptación: 02/05/2011

Resumen

Se aborda en este trabajo la relación de parentesco entre el cónyuge superviviente y los parientes consanguíneos del cónyuge fallecido y su incidencia en la aplicación de la reducción en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones en la transmisión de una empresa familiar.

Palabras clave: Empresa familiar, parentesco; Impuesto sobre sucesiones y donaciones; Beneficios fiscales.

Abstract

The relation of kinship is approached in this work between the surviving spouse and the consanguineous relatives of the deceased spouse and his incident in the application of the fiscal benefit in the Tax of Successions and Donations in the transmission of a family enterprise.

Keywords: Family enterprise, kinship; Tax of successions and donations; Fiscal benefits.

¹ Profesora de Derecho Financiero y Tributario. Facultad de Ciencias del Trabajo, Campus de Vegazana, s/n, 24071-León.

1. Consideraciones previas

La Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante LISD) estableció en su momento² en el artículo 20.2.c) una reducción del 95 por 100 sobre la base imponible en los casos en los que en la adquisición “mortis causa” que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de una persona fallecida, estuviese incluido el valor.

de una empresa individual, un negocio profesional o participaciones en los mismos a los que resultara aplicable la exención prevista en el apartado 8 del artículo 4 del la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio³, siempre que la adquisición se mantuviera, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante⁴, salvo que falleciese el adquirente dentro de este plazo; cuando no existieran descendientes o adoptados, este beneficio

² Conforme a este precepto que se introduce en la ley del impuesto por el art. 3 de la **Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social** “En los casos en los que en la base imponible de una adquisición “mortis causa” que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con arreglo a los apartados anteriores, otra del 95 % del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.

En los supuestos del párrafo anterior, cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge superviviente tendrá derecho a la reducción del 95 %.

Del mismo porcentaje de reducción, con el límite de 122.606,47 euros para cada sujeto pasivo y con el requisito de permanencia señalado anteriormente, gozarán las adquisiciones “mortis causa” de la vivienda habitual de la persona fallecida, siempre que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes de aquel, o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento”.

³ **Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.** (RCL 1991, 1453, 2389).

⁴ Si bien es cierto que el artículo 20.2c) del la LISD regula este requisito, también lo es que la doctrina administrativa lo ha suavizado considerablemente al matizar que en los negocios individuales no es necesario que durante dicho periodo se realice la misma actividad ni que se mantengan los mismos bienes, sino que basta con que se mantenga su valor; asimismo, se mantiene la reducción si el negocio se aporta a una comunidad de bienes y en el caso de las participaciones si las mismas se canjean por otras de una nueva entidad, eso sí siempre que se mantenga su valor, interpretación que facilita, sin lugar a dudas, la creación de sociedades holding familiares.

fiscal resulta de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales hasta el tercer grado con los mismos requisitos recogidos anteriormente.

La pretensión última del legislador con el establecimiento de un beneficio que afecta concretamente a estos sujetos, es que este tipo de empresas y negocios tengan pervivencia en el tejido empresarial productivo cuando se produce, por causas inevitables, su traspaso intergeneracional. Dicho de otra forma, el legislador estatal ha demostrado su voluntad de facilitar la permanencia de estos negocios en el seno de la familia, garantizando que prosigan en mano de las generaciones posteriores a las de su creador; y, desde luego, un buen cauce para ello es establecer los beneficios aludidos que están pensados para aplicarse cuando los destinatarios de estas transmisiones lucrativas tienen un cierto grado de parentesco con el causante, favoreciendo la transmisión del tejido empresarial de generación en generación mediante una importante minoración del coste fiscal que grava este tipo de operaciones.

Aún diríamos mas, el devenir de la vida de un impuesto como el de Sucesiones y Donaciones que ha supuesto su cesión a las Comunidades Autónomas ha conllevado que se potencie todavía más esa vocación de permanencia de la empresa en el tráfico empresarial lo que abona el terreno para que el legislador autonómico sea cada vez menos exigente con el requisito de parentesco que venía exigiéndose para aplicar este tipo de beneficios fiscales, apareciendo beneficios autonómicos que se suman a los anteriores y que, también ligados a la transmisión de la empresa familiar, bien renuncian a la existencia de vínculos de parentesco tan allegados entre el causante, o incluso al parentesco mismo, como ocurre en el caso de Cataluña, ampliándolos a determinadas personas que se quedan con la empresa o negocio⁵ por existir vínculos laborales o profesionales con la entidad y una antigüedad que la convierten, en opinión del legislador autonómico en merecedoras de disfrutar del beneficio fiscal, eso si, siempre y cuando mantengan los bienes y la actividad empresarial o profesional durante un plazo mínimo de cinco años⁶.

La tendencia pues, que veremos seguramente importada a otras Comunidades Autónomas⁷ en breves fechas, es la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de los beneficios que afectan a la transmisión de las empresas familiares, potenciando la traslación a un extraño –aunque solo en términos de parentesco ya que no lo sería si tenemos en cuenta su vinculación con el devenir de la empresa o negocio– que busca como finalidad garantizar la pervivencia del tejido empresarial en su tránsito intergeneracional en una época en la que toda actuación que se lleve a cabo para

⁵ Cfr. vr. gr. el caso catalán de reciente regulación en la **Ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del Impuesto de Sucesiones y Donaciones** (DOG de 11 de junio de 2010).

⁶ Y es que la ausencia de un sucesor entre los parientes, la desmotivación de éstos, la falta de profesionalización o las propias disputas familiares pueden hacer de ésta la mejor opción y hasta única que garantice la pervivencia de la empresa o negocio familiar.

⁷ De hecho la CCAA andaluza recientemente ha seguido un criterio parecido si bien aplicado a las transmisiones inter vivos, como puede verse en la **Ley 8/2010, de 14 de julio, de Medidas Tributarias de Reactivación Económica de la Comunidad Autónoma de Andalucía** (BOJA núm. 144 de 23 de julio de 2010) primando clarísimamente la continuidad de la empresa.

conseguir este objetivo está, a nuestro juicio, plenamente justificada como incentivo en el mantenimiento de riqueza y empleo.

2. El ámbito subjetivo de la reducción: el requisito de parentesco en el art. 20.2c) de la LISD

Volviendo a la cuestión que nos ocupa, la misma se relaciona con el requisito de parentesco con el causante que exige la normativa estatal para la aplicación del beneficio fiscal aludido que determina, por un lado, que sean dos los grupos familiares a los que la LISD quiere favorecer expresamente con el establecimiento de esta reducción que se distinguen por el cercano grado de parentesco con el causante⁸ y por otro, como veremos en el siguiente epígrafe, que a la hora de exigir que se cumplan determinados requisitos de participación en el capital social de la empresa, negocio o participaciones que se transmiten, el parentesco vuelva a estar muy presente.

Entrando en la primera de las cuestiones, que podríamos denominar ámbito subjetivo de la reducción, conviene aclarar que el beneficio fiscal en cuestión no solo exige la existencia de parentesco entre el causante y los beneficiarios de la transmisión, sino que los vínculos familiares han de corresponderse con determinados grupos de parentesco que definiremos de inmediato⁹.

⁸ Como lo hace la **Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2003** (RJ 2003, 3773) debemos aclarar que fue el Código Civil en su versión original (**LEG 1889, 27**), en sus artículos 915 y siguientes el que se ocupó de regular el parentesco al tratar de la sucesión intestada; estos preceptos sólo contemplaron el parentesco natural o consanguíneo y sólo, también, la filiación legítima o natural, entendida esta última como la derivada de padres que podían contraer matrimonio entre sí en el momento de la concepción, sin tener en cuenta el parentesco por afinidad ni el parentesco civil derivado de la adopción pues, en el orden sucesorio y a efectos legales, sólo tomaban en consideración el parentesco fundado en la comunidad de sangre, con diferencias, dentro de la misma, entre el parentesco legítimo y el natural. Con posterioridad a esta regulación inicial la doctrina fue admitiendo otras modalidades de parentesco, lo que ha motivado que, progresivamente, se hable del parentesco natural (inmediato, por consanguinidad, y mediato, por afinidad y cuasiafinidad), del parentesco civil (por adopción) y del parentesco religioso (por cognición espiritual por el bautismo: padrino y bautizado), quedando reducida la relación entre cónyuges (fuera del parentesco «stricto sensu») como un vínculo esencial «sui generis».

En concreto, la evolución del parentesco en las normas civiles ha superado el limitado concepto de parentesco consanguíneo, mediante una serie de actuaciones:

a) La supresión de la distinción entre filiación legítima e ilegítima natural y no natural (a partir de la **Ley 11/1981, de 13 de mayo** [**RCL 1981, 1151**], que equiparó todas las filiaciones por naturaleza.

b) La admisión del parentesco por adopción (en las **Leyes de 1958** [**RCL 1958, 760**], **1970** [**RCL 1970, 1121**] y **1981**).

c) El acercamiento de la afinidad a la consanguinidad.

d) El reconocimiento creciente de las relaciones derivadas de las uniones de hecho «more uxorio».

⁹ Cfr. **Consulta de la DGT no vinculante núm. 0062-04, de 22 de enero de 2004**.

El primer grupo, que además tiene un carácter claramente preferente, lo componen el cónyuge, los descendientes¹⁰ y los adoptados siempre y cuando éstos últimos se hayan sometido al régimen de adopción plena.

El segundo grupo de familiares que pueden verse beneficiados por la aplicación de esta reducción, con un claro carácter subsidiario respecto al primero –solo se activa esta posibilidad si no existen descendientes en el grupo preferente– se constituye por los parientes colaterales hasta el tercer grado que deberán cumplir los requisitos exigibles al grupo anterior y que, además, pueden concurrir con el cónyuge en la aplicación¹¹ de la reducción.

Ni que decir tiene que el diseño que realiza el legislador estatal de este requisito de parentesco y, en particular, el carácter subsidiario del segundo grupo aludido, puede llegar a contravenir la finalidad última de este requisito de dar continuidad al negocio o empresa familiar que se trasfiere e incluso que la misma se mantenga en el ámbito familiar, ya que en el supuesto nada impensable de que existan herederos del primero de los grupos (cónyuge, hijos o adoptados) que no quieran proseguir la actividad económica, parientes tan directos como, por ejemplo, un sobrino, no podrían aplicarse la reducción ni, por tanto, descargarse del coste fiscal correspondiente en la transmisión de la empresa lo que, en algunos casos, puede condicionar su permanencia en el tráfico mercantil.

De ahí que, como adelantábamos mas detrás, determinadas Comunidades Autónomas se estén replanteando el ámbito subjetivo de este tipo de reducciones, facilitando que esto ocurra no solo no priorizando a ningún grupo entre los parientes, sino añadiendo la

¹⁰ La Dirección General de Tributos en su **Resolución de 8 de julio de 2005** establece que, a los efectos de es te tipo de transmisiones una nuera sería considerada descendiente en primer grado por afinidad y por ello posible beneficiaria de la reducción mientras se mantenga el vínculo de parentesco.

¹¹ Por su parte, la **Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la Dirección General de Tributos, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en materia de vivienda habitual y empresa familiar** (BOE de 10 de abril de 1999), aclara que a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará como si se hubiesen hecho con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión, lo que conlleva a que la reducción beneficiará por igual a los causahabientes en la sucesión, en la medida en que cumplan todos los requisitos previstos en el artículo 20.2.c), con independencia de las adjudicaciones realizadas en la partición, y cada uno sobre la parte del valor del bien objeto de reducción, incluida en su correspondiente base imponible y todo ello sin perjuicio de aplicar la reducción a determinados causahabientes en los supuestos en los que el testador les haya asignado los bienes específicamente.

posibilidad, ya examinada, de que extraños con vínculos profesionales o empresariales con la empresa o negocio familiar puedan aplicarse una reducción autonómica similar¹².

No obstante, la legislación estatal no ha sufrido ninguna modificación a éstos efectos desde la introducción de este precepto en 2002, por lo que, de no existir la consiguiente mejora en el ámbito regional, los grupos de parentesco a los que puede aplicarse la reducción del 20.2c) y la forma en la que debe aplicarse, priorizando a los parientes más cercanos, resulta incontestable y desde luego más que cuestionable desde el punto de vista del mantenimiento de este tipo de empresas en manos de una misma familia.

Con independencia de las posibles actuaciones de las Comunidades Autónomas, siempre bienvenidas, nosotros seríamos partidarios de que sea el legislador estatal –por su carácter general y aplicable en todo el ámbito nacional– el que modifique la norma actual para hacer un único grupo de parientes a los que beneficie la reducción que deberá llegar hasta los colaterales de tercer grado inclusive, con independencia de que existan o no parientes más cercanos al causante. Dar un salto más y aplicar este tipo de beneficios a parientes menos allegados e incluso a extraños, en lo que supone de renuncia a determinados ingresos de los que disponen estos Entes regionales, si nos parece que debe ser una decisión de las distintas Comunidades Autónomas.

¹² En el art. 6 de la **Ley 19/2010, de 7 de junio de regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones** en Cataluña se establecen los siguientes supuestos de aplicación en la reducción por la adquisición de bienes y derechos afectos a una actividad económica

“1. En las adquisiciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes o a los colaterales hasta el tercer grado del causante, tanto por consanguinidad o adopción como por afinidad, puede aplicarse a la base imponible una reducción del 95 % del valor neto de los elementos patrimoniales afectos a una actividad empresarial o profesional del causante.

2. La reducción establecida en el apartado 1 también se aplica respecto a los bienes del causante utilizados en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional ejercida por el cónyuge superviviente, cuando éste sea el adjudicatario de los bienes en la partición hereditaria o el causante se los haya atribuido.

3. También pueden disfrutar de la reducción establecida en el apartado 1 las personas que, sin tener la relación de parentesco que en el mismo se especifica, y sin perjuicio de que deban cumplir los demás requisitos y condiciones que determina la presente sección, cumplan en la fecha de la muerte del causante los siguientes requisitos:

a. Tener una vinculación laboral o de prestación de servicios con la empresa o el negocio profesional del causante, con una antigüedad mínima acreditada de diez años.

b. Tener encomendadas tareas de responsabilidad en la gestión o dirección de la empresa o el negocio profesional del causante, con una antigüedad mínima de cinco años en el ejercicio de estas tareas. Se entiende que tiene encomendadas estas tareas si acredita la categoría laboral correspondiente a los grupos 1 y 2 de cotización del régimen general de la Seguridad Social o si el causante le había otorgado un apoderamiento especial para llevar a cabo las actuaciones habituales de gestión de la empresa”.

3. El ámbito objetivo de la reducción: de nuevo, a vueltas con los vínculos de parentesco

Como evidenciamos más arriba, la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones establece que la reducción en la base imponible del 95 por 100 que venimos analizando se podrá aplicar cuando además del ámbito subjetivo ya señalado, se cumplan una serie de requisitos que afectan a lo que podríamos denominar el ámbito objetivo y que se resumen en la necesidad de que los adquirentes mantengan la adquisición durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante salvo que se produzca su propio fallecimiento en ese plazo, y en que se cumplan los requisitos exigibles para la aplicación de la exención contenida en el Impuesto sobre el Patrimonio.

Acudiendo al reenvío normativo que realiza la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, encontramos que conforme a lo previsto en el apartado 8, del artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, se declaran exentas la plena propiedad, nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que concurren ciertas condiciones que afectan tanto a la Entidad en la que participa el sujeto pasivo como al propio sujeto.

En esta línea se exige en primer término que la Entidad, sea o no societaria no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario¹³; en segundo lugar, que la participación directa¹⁴ del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea de, al menos, el 5 por 100 computado de forma individual¹⁵ o del 20 por 100 computado de forma conjunta con su cónyuge ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción; por último, se añade como tercer requisito que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal.

De esta forma si no se cumplen los requisitos para aplicar la exención en el Impuesto del Patrimonio, los descendientes no podrán disfrutar de las reducciones en la base imponible del Impuesto por razón de la transmisión de la empresa familiar¹⁶.

¹³ Lo que se entenderá cumplido cuando, por aplicación de las normas contenidas en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, dicha entidad no reúna las condiciones para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores o es de mera tenencia de bienes.

¹⁴ La Dirección General de Tributos ha aclarado que la participación en el capital de la entidad ha de ser directa, no pudiendo ser cumplido este requisito de participación a través de participaciones indirectas. (Cfr **Consulta núm. 0085-99, emitida el 22 de enero de 1999**).

¹⁵ Este precepto es objeto de nueva redacción por la **Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social**, que supone que la exención establecida sobre las participaciones en entidades que cumplan determinados requisitos se extiende al derecho de usufructo vitalicio sobre dichas participaciones y que el porcentaje del 15% pasa al 5% en redacción que se mantiene en la actualidad.

¹⁶ Cfr. **Consulta núm. 0680-03, emitida el 21 de mayo de 2003**.

No obstante, hay que aclarar necesariamente que la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio es condición necesaria pero no suficiente para la aplicación de la reducción en la base imponible del Impuesto prevista para las adquisiciones "mortis causa", siendo preciso, como es obvio, el cumplimiento del resto de los requisitos exigibles¹⁷

Pues bien, nos interesa particularmente el segundo de los requisitos mencionados que, en definitiva, condiciona la aplicación del beneficio fiscal bien a que el causante posea el 5 por 100 del capital de la Entidad bien, como alternativa, a que entre el causante y sus familiares más directos posean un 20 por 100.

Dicho de otra forma, el legislador está teniendo en cuenta los vínculos de parentesco para configurar los requisitos exigibles para aplicar la correspondiente exención, en este caso en el extinto Impuesto sobre el Patrimonio, diseñando la necesidad de participación en la empresa de forma que o bien la puede cumplir de forma individual el contribuyente –en cuyo caso se le exige del 5 por 100 en el capital– o bien de forma colectiva y con mayores exigencias, el contribuyente junto con el cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, pudiendo tener origen el parentesco, aclara el propio legislador, en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.

El reenvío normativo, cada vez más injustificado dada la trayectoria de este impuesto que casi ha desaparecido en la práctica, provoca que el cumplimiento de este mismo requisito –además de los otros dos mencionados– sea imprescindible para cualquier posible aplicación de la reducción del 95 por 100 en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o lo que es lo mismo, para que resulte aplicable el beneficio fiscal en el momento de la transmisión "mortis causa" del negocio familiar o sus participaciones, el fallecido tiene que cumplir individualmente con este requisito de participación¹⁸ al que se podrá llegar también con ayuda de los parientes más directos.

Nos gustaría evidenciar que el grupo de parentesco al que ahora alude el legislador es mucho más cercano al causante, limitándose los posibles parientes a los más directos, es decir, cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, pudiendo tener origen el parentesco, aclara el propio legislador, en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción, sin dar, como ocurre en el caso precedente, ningún tipo de alternativa que pudiera ampliar el posible círculo de sujetos afectados.

De esta forma, a título de ejemplo, podría cumplir el requisito de participación un grupo familiar integrado por un sujeto pasivo, su cónyuge, sus padres y sus hermanos (que son parientes colaterales de segundo grado) si entre todos llegan al 20 por 100 de participación en el capital de la Entidad, y por tal motivo, cumpliendo el resto de los requisitos exigidos tendrían el derecho a disfrutar de la correspondiente reducción en el

¹⁷ Cfr. Consulta núm. 0013-02, de 13 de enero de 2002.

¹⁸ Esto es, si en el momento en que se produce el fallecimiento del causante se cumplen las condiciones exigidas para poder disfrutar de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, se podrá considerar cumplido el requisito a los efectos de la aplicación de la reducción correspondiente en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, independientemente del hecho de que a 31 de diciembre del año anterior se pudiese o no aplicar la exención sobre estos bienes en el Impuesto sobre el Patrimonio.

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. No obstante, si el mismo sujeto pasivo, sus hermanos y sus tíos (parientes colaterales de tercer grado), en vez de sus padres, quisieran formar un grupo familiar y beneficiarse de la reducción, ello no sería posible por incumplimiento del vínculo de parentesco exigido por la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio a los efectos del cómputo de la participación conjunta del 20 por 100.

No obstante, todavía sería mucho más gravoso, rayando casi en el absurdo, el supuesto en el que no existiendo familiares del primer grupo (cónyuge, los descendientes o adoptados), en principio, pudiera aplicarse la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones a un pariente perteneciente al segundo grupo, en concreto un colateral de tercer grado, un sobrino, cuyo porcentaje en el capital de la empresa no podría computar a los efectos de cumplir los porcentajes de participación exigidos por el Impuesto sobre el Patrimonio (que solo admite hasta parientes colaterales de segundo grado en el grupo familiar que se forme a tales efectos) perdiéndose por tal motivo el derecho a aplicar la reducción en el impuesto sucesorio.

Ni que decir tiene que ello obliga a un replanteo de los requisitos exigibles para que la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones pueda llegar a aplicarse, lo que implicaría, necesariamente, evitar reenvíos normativos y clarificar en la propia Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones el verdadero papel que juega el parentesco con el causante a la hora de cumplir el requisito de participación conjunta en la Entidad; a tales efectos parece la opción más lógica elevar el grado de parentesco hasta los parientes colaterales de tercer grado que son los que, no existiendo parientes más cercanos, pueden aplicarse la reducción. Como alternativa, el legislador estatal podría también modificar el artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, lo que debido a la situación del impuesto parece más inconveniente.

En tal sentido, la regulación autonómica de este tipo de beneficios fiscales aunque en muchos casos vuelve a incurrir en el mismo problema ya apuntado, realizando el correspondiente reenvío al necesario cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, como ocurre en los casos de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla la Mancha, Extremadura, Galicia, La Rioja (con la matización que mencionaremos) y Valencia (que sin hacer reenvío contempla en la propia normativa autonómica el mismo texto que la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio¹⁹). No obstante, a veces el legislador autonómico sorprende y parece plenamente consciente del problema de tal forma que no solo elimina dicho reenvío sino que en algunos supuestos. Como ocurre con Cataluña, hasta

¹⁹ Conforme a la redacción que da la **Ley 11/2001, de 23 de diciembre de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat Valenciana** al punto 4 del apartado dos del artículo diez de la **Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y Restantes Tributos Cedidos**, se exige, expresamente en la letra b) *“Que la participación del causante en el capital de la entidad sea, al menos, del 5 % de forma individual, o del 20 % de forma conjunta con sus ascendientes, descendientes, cónyuge o colaterales hasta el segundo grado, ya tenga el parentesco su origen en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción”*.

llega a ampliar el grupo de parientes susceptibles de computar a los efectos de cumplir el requisito de participación en el capital de la empresa.

De esta forma, en el caso de Castilla y León, el legislador autonómico²⁰, en la reducción autonómica propia del 99 por 100 aplicable a este tipo de supuestos, establece que la participación del causante en el capital de la entidad debe ser, como en el caso estatal, al menos igual al 5 por 100, añadiendo la posibilidad de que sea del 20 por 100 de forma conjunta con el cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el cuarto grado de parentesco, ya sea este por consanguinidad, afinidad o adopción.

Esta misma opción se ha utilizado por la Comunidad Autónoma de la Rioja pero exclusivamente en el caso de que se trate de participaciones en entidades cuyo domicilio fiscal y social se encuentre en La Rioja y que no coticen en mercados organizados a las que aplica una reducción del 99 por 100 si bien se explicita que en este supuesto (y no en el resto en el que se exige que se cumplan los requisitos del art. 4.8.2c) de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio) el porcentaje del 20 por 100 previsto en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio se computará conjuntamente con el cónyuge o pareja de hecho inscrita en cualquier registro oficial de uniones de hecho, descendientes, adoptados o personas objeto de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo, ascendientes, adoptantes o personas que realicen un acogimiento familiar permanente o preadoptivo y colaterales, por consanguinidad, hasta el cuarto grado, del causante²¹.

Por su parte, Murcia y Cataluña no van tan lejos y en el mismo supuesto²² admiten que el grupo familiar lo conformen idénticos parientes pero hasta el tercer grado, lo que supone, en nuestra opinión, la opción más razonable en cuanto que lo hacen coincidir con el ámbito subjetivo al que resulta aplicable la reducción en el impuesto sucesorio; todo ello sin olvidar la tendencia clara de la última Comunidad mencionada de beneficiar no solo a parientes sino también a extraños en pro de favorecer que las empresas familiares sigan siendo parte del tejido empresarial.

Con independencia de resaltar la evidente disparidad de las legislaciones autonómicas, en absoluto criticable al ser consecuencia directa de las competencias normativas que tienen reconocidas en esta materia, cabría plantearse si aquellas Regiones que no han retocado el requisito exigible por la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio son verdaderamente

²⁰ Cfr. artículo 21 del **Decreto Legislativo 1/2008, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos cedidos por el Estado** (B.O.C.y.L. 1-10-2008).

²¹ Cfr. artículo 5.2 de la **Ley 10/2010, de 16 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2011** (BOLR num. 154 de 20 de diciembre de 2010).

²² Respectivamente, artículo 3.1 del **Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado** (BOCM de 25 de octubre de 2010) que incorpora las modificaciones efectuadas por la **Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público**. (BOCM de 29 de diciembre de 2010 Artículo 10 de la **Ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del impuesto sobre sucesiones y donaciones, ya citada**.

conscientes de la disfunción que genera en la práctica en relación con la aplicación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, o si, por el contrario, simplemente no se han percatado del problema y se limitan con las normas autonómicas a sancionar la descoordinación existente en la normativa estatal. En todo caso, optamos por pensar que es esto último lo que ocurre y, como consecuencia de ello, iremos viendo los correspondientes cambios en un lapso de tiempo razonable.

Pues bien llegados a este punto, retomamos el comentario jurisprudencial que acometeremos en las páginas que siguen, y en el que el punto de conflicto se encuentra precisamente en determinar si se cumple o no el vínculo de parentesco que exige el artículo 20.2c) por reenvío a la LIP y que afecta al cumplimiento de la condición de grupo familiar a los efectos del porcentaje necesario de participación en el capital de la Entidad para aplicar la reducción.

4. El supuesto planteado: análisis de los hechos que originan la controversia

El asunto controvertido que se resuelve en la Sentencia núm. 465/2007 de 25 mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª)²³ se centra en la determinación de si se mantienen o no los vínculos de parentesco por afinidad entre el cónyuge superstite y los parientes por consanguinidad del otro cónyuge fallecido, a la hora de determinar la posible aplicación o no de la reducción fiscal del artículo 20.2c) a la que nos venimos refiriendo en páginas anteriores.

Siendo más concretos, en el relato de los hechos que originan la controversia parten de la presentación de una declaración modelo 650D correspondiente al Impuesto de Sucesiones y Donaciones ante el Servicio Tributario Territorial de Cartagena de la Dirección General de Tributos de la Consejería de Economía y Hacienda de la Región de Murcia como consecuencia del fallecimiento del esposo y padre de los respectivos contribuyentes.

Pues bien, en dicha declaración se relacionan por parte de estos últimos los bienes relictos del causahabiente fallecido el 12 de agosto de 2000 y dentro de los bienes pertenecientes a dicho caudal figuraban las acciones de una empresa familiar para la que los herederos solicitan la correspondiente aplicación de la bonificación del 95% regulada en el artículo 20.2c) del LISD al entender que se cumplía el requisito subjetivo que exige pertenecer al primero de los grupos de parentesco que la Ley menciona para aplicar dicho beneficio fiscal.

No obstante, los citados herederos fueron requeridos por la Administración tributaria en marzo de 2001 para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 de la entonces vigente Ley General Tributaria de 1963²⁴ aportaran determinados documentos²⁵

²³ JT\2007\1407.

²⁴ RCL 1963, 2490.

²⁵ En concreto, la Administración les exige el certificado del Registro Mercantil sobre el objeto Social de la entidad, fotocopia de la declaración del IRPF del transmitente, certificado del

que, una vez aportados y tras producirse la correspondiente consulta por parte de la Dirección General de Tributos de la Comunidad Autónoma a la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda acerca de la formación del grupo de parentesco a que hace referencia el apartado 8 del art. 4 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio²⁶, el órgano administrativo efectuó las correspondientes liquidaciones provisionales en las que, sorprendentemente para los administrados, no les aplica la reducción solicitada por la transmisión de las acciones citadas al considerar que el parentesco por afinidad que surge con los consanguíneos del consorte necesita de la subsistencia de la persona que sirve de enlace para establecer el parentesco, y que la desaparición de ésta última por fallecimiento implica la necesaria desaparición jurídica del parentesco con los hermanos del que fue sus esposo.

En definitiva, el criterio que está manteniendo la Dirección General de los Tributos en el caso que nos ocupa es que el grupo de parentesco poseedor del 20 por ciento del capital social no puede estar formado por la viuda y los hijos del hermano del causante, al desaparecer el parentesco por afinidad con el fallecimiento del hermano que tiene el vínculo de sangre.

Los contribuyentes afectados formulan las correspondientes reclamaciones económico-administrativas contra dichas liquidaciones que son desestimadas por resolución del Tribunal Económico-Administrativo de la Región de Murcia de 28 de marzo de 2003, lo que motiva la interposición del recurso contra dichas liquidaciones provisionales en el que los recurrentes argumentan lo siguiente:

Primero: que en contra de lo que mantiene la Administración tributaria, sí se cumple el requisito del 20 por 100 de propiedad de la Entidad cuyas participaciones se transmiten computado el grupo familiar con los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Segundo: que la afirmación de que el parentesco por afinidad desaparece como consecuencia de la premoriencia de un hermano del causante, no está sustentada por norma alguna, ni criterio jurisprudencial, ni doctrinal que avale tal opinión de la Administración y mucho menos que la misma pueda fundamentar las liquidaciones efectuadas.

Tercero: que de acuerdo con el artículo 23 de la Ley General Tributaria de 1963, entonces vigente, las normas tributarias deben interpretarse con arreglo a los criterios admitidos en derecho, y que, por tal motivo debe partirse de las reglas sobre el parentesco por consanguinidad para el parentesco por afinidad, ya que *"donde la Ley no distingue, no*

Consejo de Administración del número de participaciones que el transmitente poseía, así como el número total en que se dividía el capital y declaración o documento justificativo de los elementos patrimoniales, con indicación de los que no están sujetos a la actividad, y la cuantificación económica que se deduzca de su contabilidad, tanto del activo como del pasivo, con indicación de si el balance ha sido sometido a revisión por auditores de cuentas.

²⁶ Ley 19/1991, de 6 de junio.

cabe distinguir"; de esta manera, y teniendo en cuenta el artículo 3 del Código Civil ²⁷, el primer criterio interpretativo es el del sentido propio de las palabras, y si el artículo 4. 8. 2 c) de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio habla de cónyuge, ascendiente, descendiente o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad o en la afinidad, lo cuál ha sido respaldado por algún pronunciamiento jurisprudencial.

5. El criterio del TSJ: los fundamentos de derecho de la cuestión que se enjuicia

A la vista del supuesto planteado, el Tribunal Superior de Justicia centra la cuestión controvertida entorno a la inclusión o no de la viuda y los hijos del hermano del causante a la hora de calcular el porcentaje de participación en el capital de la entidad requerido por la letra c) del art. 4.8.2 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio y ello en relación con que resulta una de las condiciones indispensables para aplicar la bonificación prevista en el artículo 20.2c) del Impuesto sobre Sucesiones.

De esta forma los recurrentes consideran que si el artículo 4.8.2c) del Impuesto sobre el Patrimonio, ya mencionado, no distingue entre afinidad y consanguinidad, lo que les hace interpretar que se están equiparando los distintos tipos de parentesco, y que así como no se extingue el parentesco por consanguinidad por causa de muerte, también ocurrirá lo mismo con el parentesco por afinidad.

Por su parte, la Administración demandada entiende contrariamente al criterio expresado que la configuración legal del parentesco por afinidad supone la existencia de un vínculo matrimonial entre dos personas, por lo que disuelto el vínculo por el fallecimiento de una de ellas, desaparece el parentesco por afinidad del que trae causa. Dicho de otra forma, fallecido un cónyuge, entre el cónyuge superviviente y los parientes por consanguinidad del cónyuge fallecido, entiende que ya no existe parentesco.

Acudiendo a la normativa aplicable al supuesto que se juzga, es decir los artículos 20.2c) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el artículo 4.8.2c) del Impuesto sobre el Patrimonio, entiende el Tribunal en primer término, dando la razón a la parte actora del recurso, que la Ley no distingue entre parentesco por consanguinidad y parentesco por afinidad por lo que a la hora de computar el porcentaje de participación necesario para que se aplique la exención, igual dará que se cumpla con parientes colaterales o afines siempre y cuando cumplan el grado de parentesco exigido por la norma.

Por los datos obrantes en el expediente administrativo, en el caso concreto que se juzga el causante era titular de 1.344 acciones de la correspondiente mercantil, que suponían el 6,677% de la misma, y sumado este porcentaje al que tienen sus hermanos y los hijos y la mujer de su hermano fallecido llegarían a un 21,229% del capital social, lo que supone en principio, que partiendo de que la composición del grupo familiar se entienda

²⁷ LEG 1889, 27.

ajustada a las exigencias normativas, se cumpliría el requisito de participación exigido por la ley del Impuesto sobre el Patrimonio.

No obstante, la Administración demandada considera que se incumple el requisito de parentesco por afinidad, al considerar que con el fallecimiento del hermano del causante se extinguió el citado parentesco, criterio que, por otro lado, se ha descartado por nuestra jurisprudencia, en concreto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de marzo de 2003²⁸.

En dicha Sentencia se plantea la cuestión de fondo consistente en si el sobrino carnal de la esposa, premuerta, del causante y testador, debía considerarse comprendido como colateral de tercer grado por afinidad, en el Grupo III del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, dentro del concepto "*colaterales de segundo y tercer grado*", o, si por el contrario, según el parecer de la Administración del Estado, debía reputarse, como extraño, en el Grupo IV del citado artículo, dentro del concepto "*colaterales de cuarto grado, grados más distintos y extraños*" lo que suponía la pérdida del derecho a la aplicación de esta reducción en el impuesto que se basa, como hemos tenido ocasión de aclarar, precisamente en vínculos de parentesco.

Pues bien, el Tribunal Supremo, en esta Sentencia, tras efectuar un riguroso análisis histórico de la normativa reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones²⁹,

²⁸ RJ 2003, 3773.

²⁹ La evolución del parentesco en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, desde la perspectiva de la afinidad, sería como sigue:

1.-Etapa de 1927 a 1945:

El artículo 54 del **Reglamento para la aplicación de la Ley de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes** (TR de 28 de febrero de 1927), "*los parientes por afinidad se consideran extraños para los efectos del Impuesto*". En la Tarifa aprobada por el **Real Decreto 417/1927** no se hacía tampoco referencia alguna al parentesco por afinidad. Todos los Reglamentos hasta el año 1967 se cuidaron de aclarar que la mención de colaterales y, también, de ascendientes y descendientes se refiere, en todo caso, al parentesco por consanguinidad (y no al de afinidad), especificando como una "*fictio iuris*", que los parientes por afinidad se consideran extraños.

2.-Etapa de 1945 a 1964:

La **Ley de 17 de marzo de 1945** (RCL 1945, 394), de reforma de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, admitió, por primera vez, el parentesco por afinidad, en la Tarifa del Impuesto, contemplando el parentesco entre ascendientes y descendientes por afinidad expresando, en la Exposición de Motivos, que dicho parentesco produce efectos importantes en el campo del derecho común. El **TR de 7 de noviembre de 1947** (RCL 1948, 229, 276 y 341) no contiene norma alguna relativa al parentesco, limitándose a regular la Tarifa, en cuyo número 34 se incluye a los ascendientes y descendientes por afinidad, quedando el Reglamento encargado de concretar los aspectos generales relativos a la aplicación e interpretación del parentesco reproduciendo, en su artículo 54, las normas sobre parentesco de anteriores Reglamentos, con la sola salvedad de excluir a los ascendientes y descendientes por afinidad de la consideración de extraños. Por su parte, el **TR de 1958** (RCL 1958, 795 y 941), el **Reglamento de 1959** (RCL 1959, 273, 484, 616) y posterior **TR de 1967** (RCL 1967, 933), tampoco producen ningún cambio en esta situación de forma que en esta Etapa, 1º) los grados de parentesco referidos en la Tarifa son, en principio, de consanguinidad, con la salvedad de los ascendientes y

método fecundo en este caso porque evidencia la distinta concepción acerca del trato de los parientes afines en este tributo, llega a la conclusión de que *“la primera alternativa es una pura contradicción, pues, según el artículo 918 del Código Civil, el hermano dista tres grados del tío, y, por ello, el aquí interesado es colateral de tercer grado por afinidad y no colateral de cuarto grado o de grado más remoto”*.

Asimismo, añade que *“la segunda alternativa –que es la pretendida por la Administración tributaria– es una trasgresión del artículo 20 de la Ley 29/1987, pues es indiscutible que el interesado no es un extraño, ya que es sobrino político, pero sobrino, según la terminología usual, y colateral de tercer grado por afinidad, según el CC, del causante (sin que quepa, ya, la «fictio iuris» de asimilar a los colaterales por afinidad con los extraños, pues para tal consideración se requiere una Ley que así lo disponga, cuando, además, lo congruente con toda la evolución expuesta es que en el Grupo III del artículo 20 de la Ley*

descendientes por afinidad; 2º) los demás parientes por afinidad se reputan extraños y, 3º) la Tarifa sigue contemplando, en su número 38, los colaterales de grados más distantes del cuarto y las personas que no tengan parentesco con el testador, que son los extraños. Por tanto, si los colaterales son sólo consanguíneos, los colaterales por afinidad no están contemplados en la Tarifa, pues, por definición, no son extraños (a pesar de que el artículo 54 del Reglamento de 1947 los asimila, por una «fictio iuris», con los mismos, es decir, con los extraños).

3.-Etapa de 1964 a 1987:

La **Ley 41/1964, de 11 de junio de Reforma del Sistema Tributario** (RCL 1964, 1256, 1706 y RCL 1965, 665), tampoco reguló la aplicación de las diversas modalidades y grados de parentesco, declarando vigente, el Reglamento de 1959. El TR de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 1967 (RCL 1967, 933 y 1400) en su artículo 30, indica que los grados de parentesco son todos de consanguinidad, salvo los previstos en el número 3 de la Tarifa (ascendientes y descendientes por afinidad) lo que supone que en esta Etapa: 1º) el parentesco entre ascendientes y descendientes, así como entre colaterales, comprende, genéricamente, tanto a los consanguíneos como a los afines; 2º), para evitar la anterior asimilación, el artículo 30 mencionado especifica que los grados de parentesco son todos de consanguinidad, salvo las excepciones que se contemplan en la Tarifa, que son: los adoptantes y adoptados plenamente, los hijos del anterior matrimonio y del cónyuge del padre o madre de aquéllos –hijos con su madrastra o padrastro–, los hijos naturales reconocidos y el cónyuge del padre o madre de aquéllos –hijos naturales con su madrastra o padrastro–, y los ascendientes y descendientes por afinidad; y, 3º) el artículo 30 mencionado **no reproduce** el artículo 54.2 del Reglamento de 1959, que disponía que «los parientes por afinidad se considerarán extraños a los efectos del Impuesto», evitando la anterior «fictio iuris» que contemplaba la Ley.

4.-Última Etapa: La **Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones** estructura la tarifa en función de tres variables: a) el grado de parentesco, que determina una reducción distinta, según sea el mismo, y que se configura en los cuatro Grupos del artículo 20; b) la cuantía de la base liquidable, que lleva consigo la aplicación de tipos según la Escala progresiva, por tramos, del artículo 21; y, c) la cuantía del patrimonio del heredero, legatario y donatario, que implica la aplicación de determinados coeficientes multiplicadores, previstos en el artículo 22. Además deroga el apartado 2 del artículo 30 del TR de 1967, que disponía, según se ha dejado expuesto que «los grados de parentesco a que se refiere la Tarifa son todos de consanguinidad» y no establece ninguna «fictio iuris» que asimile a los colaterales por afinidad con los extraños. Tampoco añade nada el Reglamento del Impuesto de 1991 (RCL 1991, 2734).

29/1987 se consideren comprendidos los colaterales de segundo y tercer grado por consanguinidad y por afinidad, con abstracción, también, de los ascendientes y descendientes por afinidad, que no fueron incluidos en el Grupo II).

De esta forma, entiende el Tribunal Supremo que la Ley 29/1987³⁰ no recoge (ha derogado, explícita) el apartado 2 del art. 30 del Texto Refundido de 1967, que disponía que *“los grados de parentesco a que se refiere la Tarifa con todos de consanguinidad”*, advirtiendo que *«donde la Ley no distingue no cabe distinguir»*, por lo que interpreta que el legislador no ha querido expresamente que existan diferencias entre los colaterales por consanguinidad y afinidad, derogando la normativa contraria vigente, reglamentariamente, hasta 1967.

Pues bien, aunque el supuesto cuyo comentario nos ocupa no es exactamente el mismo, sino que se refiere a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, interpreta el Tribunal Superior de Justicia, con base en la doctrina asentada anteriormente, que el legislador tampoco ha querido diferenciar en este caso entre los colaterales y que, además, si tomamos como referencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia referida, nos encontramos que el sobrino carnal de la esposa premuerta del causante se considera como pariente colateral de tercer grado por afinidad sin que en ningún caso se mantenga por nuestro más alto Tribunal que este parentesco haya desaparecido porque la esposa del causante hubiera fallecido con anterioridad³¹.

A la vista de todo lo anterior, varias son las conclusiones a las que llega el Tribunal Superior de Justicia que sirven para dirimir la controversia planteada ante el mismo. La primera, de carácter más general y con la que debemos estar totalmente de acuerdo, es que en nuestro Código Civil no se establece que el parentesco por afinidad se extinga por el fallecimiento de una persona, suceso que el legislador no contempla en ningún sitio como condición que haga perder el parentesco con el resto del grupo familiar.

La segunda alude a la interpretación que debe realizarse del artículo 4.8.2.c) de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio precepto en el que el legislador se refiere a los parientes colaterales de segundo grado, señalando explícitamente *“ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción”* por lo que teniendo en cuenta los criterios interpretativos que establece su artículo 3.1 del Código Civil y que el primero de ellos es la literalidad, el sentido propio de sus palabras, no cabe duda de lo que el legislador ha querido decir, pese a la interpretación interesada que realiza la Administración tributaria con la finalidad clara de que el beneficio fiscal resulte inaplicable.

³⁰ Fundamento de Derecho Sexto, que se resume en la nota anterior.

³¹ Aclarando el Tribunal Superior de Justicia de Murcia que no resulta aplicable a este supuesto la sentencia citada por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda dictada por la **Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de febrero de 2000** (JT 2000, 1198), que ciertamente habla de la necesidad inexcusable de la existencia de vínculo matrimonial para que se produzca la relación de parentesco por afinidad, pero en un supuesto en el que destaca la imposibilidad de la extensión analógica del concepto a las uniones de hecho.

Lo que resulta confuso es que, según se señala literalmente en la Sentencia que comentamos, *“como consta en el expediente administrativo, en el caso que nos ocupa D. XX era titular de 1.344 acciones de la mercantil XX SA, correspondientes al 6,677% de la misma, y sumado ese porcentaje al que tienen sus hermanos y los hijos y la mujer de su hermano fallecido, cumpliría el requisito del 20%, ya que conjuntamente representaría el 21,229% del capital social”*. Añadiendo el Tribunal expresamente que *“cumpliría el requisito del 20% de la propiedad de la mercantil computados conjuntamente, como dice el artículo, con los colaterales hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad”*.

De esta forma, y a la vista de que en el grupo familiar solo pueden computarse parientes colaterales hasta segundo grado, bien sean consanguíneos o afines, y dado que los hijos del hermano fallecido serían de tercer grado, queremos pensar que el órgano judicial no se ha equivocado y que la participación de los sobrinos en el capital es del 1,229% lo que permitiría que entre el causante, sus hermanos y su cuñada cumplieran el 20% exigido por la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio. Tampoco parece probable que a la Administración tributaria no se haya percatado de tal cuestión, si bien también es cierto que al haber descartado de plano su consideración de parientes del causante, también podría no haber comprobado si cumplen el grado de parentesco exigido por la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio.

Ambos criterios del Tribunal Superior de Justicia, que compartimos plenamente, determinan en este caso concreto que estimar la pretensión de la parte actora que se resume en el reconocimiento de la aplicación del beneficio fiscal correspondiente.

6. Consideraciones finales

Llegados a este punto nos gustaría realizar algunas consideraciones finales que se desprenden del análisis del supuesto tratado, así como de los preceptos tributarios aplicables a la hora de articular la posible reducción del 95 por 100 en el supuesto de transmisión de empresas, negocios familiares o participación en los mismos.

La primera reflexión que debemos hacer es la necesidad, cada vez más imperiosa de proceder a una normalización de la regulación de este beneficio fiscal que, en nuestra opinión, exigiría retomar la redacción del mismo y evitar reenvíos normativos a leyes de impuestos que han caído en el más absoluto desuso. Y esto no solo desde el punto de vista formal, sino también sustancial en cuanto que, como tuvimos ocasión de analizar en el epígrafe correspondiente, el parentesco tiene un distinto peso en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y en el Impuesto sobre el Patrimonio, lo que puede motivar situaciones no solamente absurdas –como ocurre en el caso de que un sobrino pueda aplicarse la reducción, si no existen parientes más directos, pero su participación en el capital de la empresa no puede tenerse en cuenta a la hora de computar el 20 por 100 de participación– sino, y eso es lo peor, contrarias a la finalidad última que persigue el legislador con el establecimiento de este tipo de beneficios fiscales.

A este tenor, ya nos mostramos partidarios de que el legislador estatal modifique la norma actual con el fin de establecer un grupo único de parientes a los que beneficie la

reducción que deberá llegar hasta los colaterales de tercer grado inclusive, con independencia de que existan o no parientes más cercanos al causante. El paso más allá que supondría extender este tipo de beneficios a parientes menos allegados e incluso a extraños deben darlo, en su caso, las Comunidades Autónomas.

La segunda reflexión nos lleva resaltar que el ordenamiento tributario, a través del artículo 12 de la actual Ley General Tributaria incorpora lo que podríamos denominar la normalidad en la interpretación que supone que las normas tributarias hayan de ser necesariamente interpretadas con los mismos criterios que se utilizan en el resto del ordenamiento jurídico, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, sin que presenten ningún tipo de peculiaridad o especialidad.

Esto facilita en el caso que nos ocupa que utilizando el criterio literal, basado en el propio sentido de las palabras que emplea el legislador, sea fácil desmontar la pretensión de la Administración de no aplicar la reducción basándose en que ha desaparecido el parentesco por afinidad como consecuencia de la preminencia del hermano del causante. Y es que está muy bien que la Administración tributaria autonómica vele por recaudar los impuestos cedidos y porque se cumplan los requisitos exigibles en los distintos beneficios fiscales, lo que no lo está tanto es este "exceso de celo" que le lleva a desvirtuar, en este caso, el contenido de nuestro Derecho Civil.

PROBLEMAS ACTUALES DE LA ECONOMÍA SOCIAL. EN PARTICULAR, DE LAS SOCIEDADES PARTICIPATIVAS

Rafael Calvo Ortega

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

fecha de recepción: 08/02/2011
fecha de aceptación: 04/03/2011

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto reflexionar acerca de las principales cuestiones conflictivas que se suscitan en el ámbito de la Economía Social, con especial atención a las llamadas sociedades participativas. Tras un análisis preliminar de la actual regulación que presenta la Economía Social en su vertiente de actividad empresarial dentro de nuestro ordenamiento jurídico, son objeto de estudio los retos más importantes que, en la actualidad, han de afrontar las empresas participativas, con especial atención a las cooperativas de trabajo asociado y a las sociedades laborales.

Palabras clave: Economía Social; Empresa; Sociedades cooperativas; Sociedades laborales; Empresas de participación asociativa.

Abstract

This paper aims to reflect on the major contentious issues that arise in the field of Social Economy, with special attention to the so-called participatory societies. After a preliminary analysis of the current regulation that presents the Social Economy in the aspect of business activity in our legal system, are studied the most important challenges that currently have to deal with subsidiaries, with special attention to the worker cooperatives and worker-owned companies.

Keywords: Social economy; Companies; Cooperatives; Worker-owned companies; Enterprises of affiliate.

1. La economía social como actividad empresarial de interés general

En torno al concepto de Economía Social, cuya difusión sigue una línea creciente, se han ido agrupando un conjunto de entidades no homogéneas aunque tengan siempre elementos comunes, como veremos en su momento. Han seguido una línea de creación y desarrollo que ha tenido fundamentos diversos. Así, los sentimientos altruistas y las exigencias personales de solidaridad determinaron la creación de fundaciones. Las necesidades obreras impulsaron la promoción de las primeras cooperativas (de consumo, de producción, de viviendas, etc.). La conveniencia de fortalecer las propias empresas de distinto signo favoreció el nacimiento de las cooperativas agrarias y, posteriormente, las de servicios en relación con las explotaciones industriales. El deseo de mejorar las previsiones de riesgos futuros fue el principal motivo de avance del mutualismo en sus formas de mutualidades de previsión social y mutuas de seguros. Finalmente, por citar un último ejemplo, la finalidad de ayudar a las personas con discapacidad llevó a la creación de los centros especiales de empleo.

Se hace, pues, necesaria una sistematización de todas las figuras indicadas y el señalamiento del denominador común o de los varios existentes que aporten rigor a esta materia.

El primero de ellos es que estas entidades producen bienes y servicios para el mercado. Este criterio permite distinguir dentro de cada uno de los tipos citados entidades que no pertenecen o si forman parte de la Economía Social; por ejemplo, una fundación puede desarrollar una actividad empresarial combinando factores de producción, o limitarse a la entrega de recursos dinerarios a personas que cumplan determinados requisitos. En el primer caso es una entidad de Economía Social y en el segundo no, ya que se limita a una transferencia de dinero, lo que no constituye una actividad empresarial ni supone una combinación de factores. Lo mismo podemos concluir de la actividad de los centros especiales de empleo. Pueden producir para el mercado, en cuyo caso estaríamos en el campo de la Economía Social, o pueden limitarse a la rehabilitación de personas discapacitadas y a su preparación para su incorporación futura a la actividad productiva, en cuyo caso no estaríamos ante una actividad económica en sentido estricto.

El segundo componente de la definición de Economía Social es que las entidades y actividades que la integran realicen un interés general. La fijación de este concepto ha sido siempre difícil. Ha habido una cierta tendencia a identificar interés general e interés colectivo. Tal identificación, en mi opinión, no es correcta. Este último interés (el colectivo) solo supone que afecta a una pluralidad amplia de sujetos y no a un interés particular de una persona física o jurídica. No obstante, es una consideración insuficiente. Puede haber un interés social, deportivo, cultural, etc., representativo de una pluralidad amplia de sujetos, pero esto no le convierte automáticamente en interés general. Es necesario que la ley (como instrumento imperativo básico de una comunidad política organizada como Estado de Derecho) declare de interés general una determinada actividad. Esta es la línea, a mi juicio acertada, que siguen diversas leyes de nuestro ordenamiento. Así, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, dispone en su artículo 3 que *“Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros (...) los de fomento de la Economía Social (...)”*. En la misma línea, la Ley

Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación, establece que podrán ser declaradas asociaciones de utilidad pública aquellas cuyos fines estatutarios tiendan a promover el interés general, citando entre éstos, también, el fomento de la Economía Social. Siempre en la misma línea, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines de Lucro y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, con la misma referencia al interés general que las Leyes citadas anteriormente y con la misma cita del fomento de la Economía Social entre estos fines.

En resumen, la Economía Social es una actividad empresarial de interés general. La ley ha tenido buen cuidado en efectuar estas precisiones teniendo en cuenta que esta calificación lleva normalmente unido el derecho a solicitar determinadas subvenciones o a aplicar bonificaciones tributarias o tipos de gravamen reducidos.

2. La consideración de la economía social en el Ordenamiento Jurídico español

Las entidades de Economía Social y, por ello mismo, su actividad, han tenido tradicionalmente en nuestro ordenamiento un trato favorable. Principalmente, las cooperativas, que han sido la figura más antigua y que, sobre todo en lo que se refiere a su tributación, ha tenido, como acabamos de decir, un régimen menos oneroso que las sociedades capitalistas. La misma afirmación, aunque con un tratamiento menos favorable, podría hacerse de las sociedades laborales. La exención fue particularmente favorable para las fundaciones y mutualidades de previsión social que cumpliesen determinados requisitos o que hubiesen sido declaradas benéficas o de utilidad pública.

El hecho más importante de la evolución de nuestro ordenamiento es la Constitución de 1978 que, indirecta o directamente, ordena a los poderes públicos el establecimiento de medidas de fomento de las entidades y actividades que venimos calificando de Economía Social. Indirectamente, a través del reconocimiento, protección y fomento de determinadas actividades, lo que supone el apoyo a las entidades que las realizan. El Capítulo III, Título I de la Ley Fundamental, que establece los principios rectores de la política social y económica, contiene varios mandatos en este sentido. Así, la admisión de asistencia y prestaciones complementarias de la Seguridad Social, que suponen la ratificación de las mutualidades de previsión social y de los fondos de pensiones. La realización de políticas orientadas al pleno empleo, lo que impulsa la ayuda a los ciudadanos que quieran responsabilizarse de su propio empleo a través de la creación de empresas participativas a las que nos referiremos en este trabajo. La protección de los consumidores y usuarios, lo que supone el apoyo a sus cooperativas y, en general, a sus organizaciones. El mandato a los mismos poderes públicos de realizar políticas de integración de los discapacitados, lo que implica una potenciación y fomento de los centros especiales de empleo, etc.

La declaración constitucional directa está contenida en el artículo 129.2: *“Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a los medios de*

producción". Este precepto se refiere a las empresas participativas (sociedades cooperativas y sociedades laborales, principalmente), pero es también aplicable a las mutualidades de previsión social y a las mutuas, aunque con peculiaridades y matices que ahora no interesan. La no referencia expresa a las sociedades laborales obedece a que éstas se crearon por la Orden de 12 de enero de 1979, es decir, posteriormente a la aprobación de la Constitución. Esta Orden del Ministerio de Trabajo establece la calificación y los rasgos esenciales de las sociedades laborales, que han sido mantenidos por las leyes que posteriormente han regulado esta figura.

La gran pregunta es si hay que considerarse satisfechos con las políticas fiscales (subvenciones y beneficios fiscales) que se fijan en relación con las entidades de Economía Social. La respuesta es difícil en términos globales. Habría que ir a una desagregación y examinar caso por caso, e incluso establecer las oportunas comparaciones. Así, por ejemplo, las cooperativas de trabajo asociado tienen un tratamiento tributario más favorable que las sociedades laborales, que es muy limitado. Por otra parte, y en relación con los beneficios fiscales, conviene advertir que los que se han establecido a favor de las empresas de reducida dimensión (libertad de amortización, tipo de gravamen reducido y deducción de la pérdida por deterioro de los créditos) ha reducido el diferencial que existía a favor de las sociedades personalistas. Y lo mismo puede afirmarse sobre la extensión de las exenciones en el Impuesto sobre Operaciones Societarias, que ahora se aplican a todas las sociedades. En resumen, y como hemos apuntado, en la medida que se baja la carga tributaria sobre las empresas de reducida dimensión se reduce la ventaja comparativa de las empresas participativas que aquí se estudian.

En mi opinión, sí debe de mantenerse una petición de ayudas para las entidades a que nos referimos y debe de hacerse de manera razonada, buscando aquellas medidas que, principalmente, puedan favorecer más la creación de las mismas, su desarrollo y competitividad. Hay que tener en cuenta que el constituyente fue tajante expresando claramente lo que quería a través de mandatos concretos a los poderes públicos, entre ellos al propio legislador ordinario. Y hay que recordar, también, que la Constitución es una norma jurídica de aplicación directa, según dispone su artículo 9.1.

Habría que añadir a estas consideraciones que la igualdad constituye uno de los valores superiores del ordenamiento y que debe extenderse a todas las posibilidades sociales. También a la de responsabilizarse de su propio empleo y a la de poder iniciar una actividad empresarial.

Desde un punto de vista estrictamente económico las ayudas a empresas participativas permiten un retorno importante en forma de impuestos y cuotas de la Seguridad Social. La resistencia de este tipo de entidades a situaciones de crisis derivada de la alta productividad que alcanzan a través de la consideración de la empresa como propia por los trabajadores y de su mayor flexibilidad reduce el coste global y final de estas ayudas, al generar una mayor contrapartida.

Desde otra perspectiva distinta hay que recordar que en los estados modernos y en las economías más avanzadas la ayuda financiera y tributaria se extiende a todas las

empresas en forma de subvenciones, acceso al crédito, beneficios fiscales, etc., sin distinción de su naturaleza. La empresa capitalista participa de estos beneficios de manera importante por su extensión y por la cuantía de beneficios que obtiene. Sería desproporcionado, injusto y contrario a la Constitución discutir las ayudas a las empresas participativas de Economía Social que no pueden acceder al mercado de capitales, disfrutan muy escasamente de las importantes deducciones tributarias por investigación (por la carencia de infraestructuras para ella y por su alto coste), su relación bancaria puede ser más difícil que la que tienen las empresas capitalistas, etc.

3. La posición concreta de determinadas Entidades. Particularmente, Cooperativas de Trabajo Asociado y Sociedades Laborales

Como ya indicamos en el apartado primero de este trabajo, el título "Economía Social" comprende un conjunto diverso de actividades y, por ello mismo, una pluralidad de entidades que las desarrollan. En este amplio elenco se encuentran las cooperativas, sociedades laborales, mutualidades de previsión social, mutuas de seguros, fundaciones, asociaciones, centros especiales de empleo y entidades de inclusión social. A esta relación hay que añadir, para conocer la complejidad del campo de la Economía Social, la pluralidad de figuras que se cuentan bajo el rótulo de cooperativas. Desde las cooperativas de consumidores y usuarios hasta las que podríamos considerar sus antagonistas, las de trabajo asociado. Igualmente, las cooperativas de empresarios (agrarias y de servicios) integradas por titulares de explotaciones económicas, y las de trabajadores. La tipicidad de las cooperativas de viviendas, en las que varias personas se agrupan para construir y promover su propia vivienda, destaca también del resto de los tipos de estas sociedades.

En todas estas entidades se dan las dos notas esenciales a que nos hemos referido al principio de este trabajo: actividad empresarial (combinación de factores de producción) e interés general. Este interés tiene manifestaciones concretas en cada tipo de entidades y va desde la responsabilidad de los ciudadanos por sus problemas esenciales (mutualidades de previsión social y cooperativas de viviendas) a la actuación en favor de los discapacitados (centros especiales de empleo) y a la creación de un empleo de calidad (cooperativas de trabajo asociado).

Nuestro estudio se centra en las empresas (sociedades) participativas de la Economía Social. Aquellas que directamente tienen como objeto la producción de bienes y servicios para el mercado. Son sociedades formadas por socios-trabajadores, a diferencia de otras cooperativas, que agrupan a empresarios (agrarias y de servicios). Su amplitud subjetiva es notable y la necesidad de un espíritu cooperativo parece mayor que en otros tipos por la incidencia del mercado sobre la empresa en forma de una competencia más directa con empresas capitalistas. Su calificación de participativas se fundamenta en la participación de los trabajadores en la toma de decisiones. En las cooperativas es máxima, dada la realización plena del principio democrático, un hombre un voto. En las sociedades laborales esta participación es menor, ya que hay una titularidad concreta del capital por parte de los socios. Ahora bien, el hecho de que la mayoría del capital social deba de pertenecer a los socios y que ninguno de ellos pueda ser titular de más de un

tercio del capital mismo le da también un carácter participativo notable a este tipo de sociedades.

4. La creación de condiciones favorables a las Cooperativas de Trabajo Asociado y Sociedades Laborales

4.1. La mejora de la información y del conocimiento de estas Entidades

La primera de estas circunstancias que pueden y deben contribuir a la creación y al desarrollo de este tipo de sociedades es un mayor y mejor conocimiento de las mismas. Su estudio y difusión es muy escaso en las facultades universitarias (Derecho, Económicas y Empresariales) e igualmente en los centros de enseñanza no universitarios. Salvo excepciones, la regla general es la falta de información y formación sobre las mismas o una diferencia muy importante en relación con la atención que se dedica a las sociedades capitalistas. Es cierto que el protagonismo corresponde a éstas, pero esto no excluye la difusión de enseñanzas sobre sociedades participativas de la Economía Social. Las encuestas de opinión realizadas entre jóvenes en formación sobre su ubicación laboral señalan claramente las preferencias de empleo de éstos: las Administraciones Públicas y las empresas capitalistas. La respuesta "creación de empresa propia" es muy minoritaria, y lo mismo el conocimiento de las estructuras jurídicas y económicas adecuadas para ello. La primera condición favorable es, pues, el conocimiento de estas empresas participativas que permiten la presencia del socio en el proceso de toma de decisiones, comenzando desde las que se refieren a la creación de la propia entidad hasta su funcionamiento y a la limitación del riesgo que asumen los socios trabajadores. Junto a esta condición genérica hay otras específicas a las que nos referiremos a continuación.

4.2. La formación específica de los socios de las empresas participativas

Junto al conocimiento y estudio de las figuras societarias a que nos referimos, es conveniente la formación específica de los socios de estas entidades. Es una consecuencia de la falta o defectuoso conocimiento de las empresas participativas. En las Administraciones Públicas y en las sociedades capitalistas la toma de decisiones es, en gran parte, externa a los trabajadores. En aquéllas, las Administraciones, gran parte de las decisiones tienen un origen normativo y la capacidad de innovación y modificación de los empleados públicos es limitada. En las sociedades capitalistas el ámbito de decisión es mayor, aunque el núcleo decisorio corresponde normalmente, con todos los matices que se quiera, a un grupo reducido de dirigentes.

El hecho de que en las sociedades participativas la aproximación a la toma de decisiones de los socios trabajadores sea mayor (en algunos casos, como en las cooperativas de trabajo asociado, casi máxima) supone una mayor responsabilidad de los socios, un hábito en la discusión y adopción de las decisiones y la obligación de proponer alternativas, la confianza en los otros socios como punto de partida, la aceptación sin problemas de soluciones de convergencia, etc. Supone una separación muy importante del esquema de Administración Pública y de empresa capitalista que es el referente

principal y ordinario en el que, como hemos dicho ya, las decisiones están distanciadas de los trabajadores.

Esta situación requiere, en mi opinión, una preparación específica, como corresponde a la asunción de una responsabilidad nueva que supone una aceptación de liderazgos generados en la propia empresa y una actuación pro convergencia de las decisiones. Y esta preparación específica reclama centros también singulares en los que de la forma más sencilla y con un coste mínimo que, además, podría inscribirse dentro de las actividades de promoción de empleo, se procuraría una información y formación orientada a las nuevas responsabilidades. En España hubo, que yo recuerde, una experiencia en este sentido durante los años 1978-1980 y que, según mis noticias, ofreció un resultado positivo.

4.3. La financiación de las empresas participativas

Junto al tema de la formación específica a que acabamos de referirnos, la financiación de este tipo de empresas constituye la cuestión esencial para su creación y desarrollo. Varias son las razones que dificultan una financiación normal (al margen de situaciones transitorias provocadas por crisis financieras generales). En primer lugar, la dificultad para acceder al mercado de capitales. En gran parte debido a su reducida dimensión, en la mayor parte de los casos. También, por una relación menor con los centros de decisión bancarios que las empresas capitalistas, que suelen tener un círculo de acción más amplio en este campo financiero. En segundo término, por la menor capacidad económica de sus socios, lo que es un resultado lógico de la comparación de las sociedades personalistas y las capitalistas.

En teoría todas las vías de financiación están abiertas: aportaciones voluntarias de los socios, secciones de créditos de las propias cooperativas, emisión de obligaciones, cooperativas de crédito cuya consideración hacia los otros tipos de estas entidades debe ser, lógicamente, mayor y préstamos participativos. Particular interés, por su potencial también teórico, adquiere esta última figura definida en el artículo 54 de la Ley de 1999: *"La Asamblea General podrá acordar la emisión de títulos participativos, que podrán tener la consideración de valores mobiliarios y darán derecho a la remuneración que se establezca en el momento de la emisión, y que deberá estar en función de la evolución de la actividad de la cooperativa pudiendo, además, incorporar un interés fijo. El acuerdo de emisión, que concretará el plazo de amortización y las demás normas de aplicación, podrá establecer el derecho de asistencia de sus titulares a la Asamblea General, con voz y sin voto"*¹. La dificultad reside en si esta regulación jurídica, sin duda acertada, es suficiente para que estos títulos participativos sean una técnica de financiación significativa fuera de las grandes cooperativas.

En mi opinión, hay dos vías que deben recorrerse simultáneamente para tratar de salvar este obstáculo difícil. Las ayudas públicas son la primera de ellas, por afectar al momento

¹ La Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, núm. 68, 2010, contiene diversos artículos sobre financiación de indudable interés. Aquí se destaca el de ROCAFORT NICOLAU "La financiación cooperativa mediante la emisión de títulos participativos", pp. 141 y ss.

de la creación de la empresa. Hay avances concretos en este camino. La capitalización de las prestaciones de desempleo para la creación de una cooperativa de trabajo asociado o una sociedad laboral y la exención fiscal establecida en relación con la prestación que se destina a esta finalidad es una medida positiva. Además, tiene la consideración financiera favorable de que se cambia una prestación improductiva, aunque sea capitalizada, por la generación de recursos que suponen la creación de una empresa en la que, además, es obligatorio mantenerse, al menos, durante un plazo de cinco años.

Este momento de la creación de la empresa recibe también las ayudas de las Administraciones Públicas, general y autonómicas, que en la mayor parte de los supuestos están vinculadas a la creación de puestos de trabajo. Hay que tener en cuenta que se ha derogado el gravamen sobre la constitución de empresas, incluido en la figura del Impuesto sobre Operaciones Societarias. En definitiva, la creación de empresas participativas que aquí estudiamos tiene ayudas de interés. El problema es su suficiencia, aunque no se pueda negar su valor como primera piedra. Hay que recordar que la aportación de los socios será de una cuantía limitada por tratarse, en su mayor parte, de personas con una capacidad reducida en el ámbito bancario y, en general, crediticio.

La solución a esta situación tiene que venir a través de las garantías de los préstamos iniciales que puedan ofrecerse sobre la patrimonio de la sociedad pero, sobre todo, de la socialización de la garantía. Esta es la gran respuesta en el panorama y situación actuales. La socialización es posible y depende de la voluntad y acierto de los propios interesados y de la convicción y decisión de las Administraciones Públicas. El mecanismo existe; las sociedades de garantía recíproca prestan avales a sus socios partícipes con el exclusivo objeto de favorecer el giro o tráfico de su empresa y, además, pueden prestar asistencia y asesoramiento financiero.

La figura de los socios protectores, que no podrán solicitar la garantía de la sociedad, tiene la mayor importancia y es el vehículo de colaboración y ayuda que las Entidades públicas pueden utilizar para fomentar las sociedades de garantía recíproca. La línea de evolución debe de ser que estos socios protectores aumenten estas aportaciones en una toma de responsabilidad apoyada en la idea de que tiene un menor coste participar en la socialización de garantías que la subvención directa, sin perjuicio de mantener ésta, sobre todo en el punto de arranque de la sociedad participativa, como antes hemos apuntado, y tener presente que las ayudas a las empresas participativas generan retornos para el Sector público en forma de cuotas de la Seguridad Social e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (retenciones). Hay que tener en cuenta que la legislación española sobre sociedades de garantía da presencia, en el Consejo de Administración, a los socios protectores, y es este órgano colegiado el que otorga las garantías de que se trate.

Hay que tener en cuenta, finalmente, que los socios tienen el derecho a solicitar las garantías y el asesoramiento de la sociedad, que el Consejo de Administración resuelve caso por caso y que las participaciones sociales quedan afectas a una garantía otorgada y no extinguida. Esta afección cierra el círculo de las garantías a que nos venimos refiriendo.

En resumen, no se trata de defender a las sociedades de garantía recíproca ni de predicar sus virtudes. Se quiere, únicamente insistir en las ventajas de la socialización de las garantías (ampliando la base subjetiva de los socios), indicar las ventajas de su mayor difusión y recordar que siempre para los socios protectores es menos costoso avalar que subvencionar, sin que se renuncie a la subvención, como hemos dicho ya, en el momento del comienzo de la actividad. Todo ello sin perjuicio de que una sociedad de garantía pueda conseguir una cierta globalización de la interlocución con las entidades financieras, también beneficiosa para las sociedades participativas en forma de menor onerosidad de las exigencias bancarias. Hay ejemplos de sociedades de garantía recíproca en el campo de la Economía Social (OINARRI en el País Vasco es uno de ellos) que constituyen un paradigma que debe ser citado en justo reconocimiento a sus gestores para un mayor respaldo de la idea que encarnan.²

4.4. La conveniencia de reforzar la coordinación de las empresas asociativas

La coordinación de actuaciones y medidas entre los agentes económicos es siempre una política conveniente por la utilidad del intercambio de experiencias, la reducción de costes, la financiación compartida, el mayor eco en el círculo económico de que se trate, etc. Lo es más aún en aquellos sectores de la actividad como la Economía Social, en los que el punto de arranque de las entidades no tiene el respaldo que ofrecen las empresas capitalistas.

Esta coordinación es siempre una regla de organización y economía positiva, más aun en las empresas participativas que compiten en condiciones de desigualdad real con las empresas capitalistas, por sus mayores dificultades para acceder al mercado de capitales, por sus conexiones financieras más débiles, menos eco social de sus actuaciones, etc. El ordenamiento español tiene unas posibilidades amplias de coordinación organizadas desde planteamientos diversos. Así, la Ley 27/1999, de Cooperativas, establece el fondo obligatorio de educación y promoción que se destinará, entre otras finalidades, a la promoción de las relaciones intercooperativas. Igualmente, la Ley contempla distintas figuras en cuyo seno la colaboración y coordinación es posible. Así, todo el fenómeno del asociacionismo cooperativo: uniones, federaciones y confederaciones. Todas ellas tienen, no solo funciones de representación y defensa de intereses generales, sino también de promoción y formación cooperativa y de organización de servicios de asesoramiento y, en general, todos los que sean convenientes a los intereses de los socios.

En la misma línea se sitúa la Ley 4/1997, de 24 de marzo, que regula las sociedades laborales y que permite (como no podía ser menos) la formación de asociaciones o agrupaciones específicas; tanto para fines de representación ante las Administraciones públicas como para la organización de servicios de utilidad común. Este asociacionismo de intereses comunes (que sería posible también al amparo del derecho de asociación) tiene una amplitud máxima y sitúa una parte del desarrollo de las empresas asociativas en el campo de las propias cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales que

² La Revista *Gatza*, núm. 135 (octubre) 2010, págs. 16 y 17, es sumamente ilustrativa de la utilidad y eficacia de estas sociedades de garantía para la Economía Social y de las perspectivas de futuro, que son ciertamente halagadoras.

estudiamos. Son ellas las que deben estimular estas medidas y tipos de coordinación. Las ventajas de la actuación conjunta están fuera de toda duda. Puede afirmarse que la creación y desarrollo de las empresas participativas depende, en gran medida, de la voluntad de asociación entre las personas y entidades. Es cierto, como hemos dicho, que las ayudas públicas en sus distintas formas son necesarias. Pero también lo es que la voluntad de asociación y coordinación resulta indispensable, no sólo para existir, sino también para crecer.

EVALUACIÓN DE LA CONDUCTA EMPRENDEDORA EN ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS. IMPLICACIONES PARA EL DISEÑO DE PROGRAMAS ACADÉMICOS

Ana Lanero Carrizo¹
ana.lanero@unileon.es

José Luis Vázquez Burguete
jose-luis.vazquez@unileon.es

Pablo Gutiérrez Rodríguez
pablo.gutierrez@unileon.es

María Purificación García Miguélez
mpgarm@unileon.es

Universidad de León

fecha de recepción: 10/02/2011
fecha de aceptación: 29/03/2011

Resumen

Este trabajo parte de una revisión general de la iniciativa empresarial de los jóvenes españoles para proponer un modelo sociocognitivo del comportamiento emprendedor y sus desencadenantes durante la etapa universitaria. En la validación de dicho modelo, se describen los resultados de un estudio de autoinforme llevado a cabo con una muestra representativa de 400 estudiantes de la Universidad de León. Los datos recabados fueron tratados estadísticamente a través de análisis factorial exploratorio y análisis multivariado de la varianza (MANOVA). Los resultados obtenidos permitieron identificar cinco componentes en el estudio de la conducta emprendedora de los encuestados, en términos de autoeficacia emprendedora, expectativas de resultados extrínsecos e intrínsecos, intereses emprendedores y elección de carrera emprendedora. En general, los estudiantes de titulaciones Socio-Jurídicas y Técnicas tuvieron puntuaciones medias más altas en dichas dimensiones que sus

¹ Departamento de Dirección y Economía de la Empresa. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Campus de Vegazana, s/n, 24071-León (España).

iguales de otras ramas académicas. Las implicaciones de tales resultados para el diseño de programas académicos adaptados al EEES son discutidas.

Palabras clave: Iniciativa emprendedora; Educación emprendedora; Estudiantes universitarios; Elección de carrera; Autoeficacia; Expectativas de resultados; Metas de carrera.

Abstract

This paper presents a general review of entrepreneurship in Spanish young people to propose a social cognitive model of entrepreneurial behaviour and its triggers in university contexts. To validate the model, we describe the results from a study carried out with a sample of 400 undergraduates at the University of León, in Spain. Data was analyzed by exploratory factor analysis and multivariate analysis of variance (MANOVA). Findings identified five components in the study of participants' entrepreneurial behaviour, particularly, self-efficacy, extrinsic and intrinsic outcome expectations, entrepreneurial interests and career choice. In general, students within Social and Technical degrees displayed higher mean scores in those variables than undergraduates in other academic areas. Implications of these results for the design of academic programmes adapted to the EHEA are discussed.

Keywords: Entrepreneurship; Entrepreneurship education; University students; Career choice; Self-efficacy; Outcome expectations; Career goals.

1. Introducción

En el contexto de las profundas transformaciones sociales y económicas que están teniendo lugar en los países industrializados durante las últimas décadas, las nuevas y pequeñas empresas han pasado a representar un elemento clave para generar empleo, riqueza y bienestar social en cualquier economía competitiva y moderna. Tal es así que el fomento de la iniciativa emprendedora se sitúa actualmente en el centro de multitud de reivindicaciones y normativas públicas en los países de la Unión Europea (UE), en un empeño que se ha hecho extensible al diseño de políticas económicas, sociales, educativas y de empleo (Comisión Europea, 2000a, 2000b, 2004, 2005a, 2008).

El propósito final de tales actuaciones no responde sino a la necesidad de superar el escaso espíritu empresarial que viene caracterizando a la población europea en comparación con otros países como Estados Unidos (Comisión Europea, 2007), diferencia ésta exacerbada a raíz de la reciente crisis económica que ha mermado considerablemente los ánimos para poner en marcha nuevas empresas. Pero no toda la culpa ha de recaer en los vaivenes financieros, en tanto que existe un factor propio de los países de nuestro entorno, posiblemente más difícil de resolver, que hace que el empleo por cuenta propia no sea contemplado como opción atractiva de futuro. Hablamos del elemento cultural, plasmado en un generalizado miedo al riesgo y al fracaso que condenan al olvido la progresión natural de muchas ideas de negocio con potencial para contribuir a la prosperidad socioeconómica.

Es por todo ello por cuanto los sistemas educativos contemporáneos están viendo engrosadas sus misiones formativas con la asignación de una nueva responsabilidad de dinamización socioeconómica palpable en la canalización de las futuras generaciones de población activa hacia propósitos emprendedores acordes con las nuevas necesidades de los sectores productivos (Consejo de la UE, 2001; Dirección General [DG] de la Empresa, 2002, 2004a, 2004b, 2008; Comisión Europea, 2006a, 2006b). De entre todas las instituciones educativas, cobra especial relevancia la respuesta que a tal finalidad puedan proporcionar las universidades, como principales agentes de generación y transmisión de conocimientos especializados en el contexto de una realidad social en la que el acceso a las enseñanzas superiores es cada vez más generalizado en los países desarrollados.

No obstante, dentro de los esquemas formativos de las universidades españolas tiende a ser asumido implícitamente que la inserción laboral de los jóvenes graduados tendrá lugar preferentemente en el contexto de empleos asalariados en empresas privadas o en la Administración Pública (Vázquez et al., 2006, 2009a, 2010), idea que encuentra su correlato en las propias aspiraciones profesionales del alumnado (Fundación Universidad-Empresa [FUE] 2009; García-Montalvo y Peiró, 2009).

Frente a ello, las transformaciones sociodemográficas y económicas que han tenido lugar en las sociedades occidentales en las últimas décadas introducen importantes novedades en los patrones tradicionales de acceso al empleo. Por ejemplo, la inversión de la pirámide poblacional en los países de nuestro entorno ha conllevado un incremento del tiempo medio de estancia en los puestos de trabajo y un retraso en la edad de jubilación, lo que da menos opción al relevo generacional. Igualmente, los cambios en las estructuras familiares y sociales y la incorporación generalizada de la mujer al mundo laboral suponen una nueva masa de población activa aspirante a ocupar un puesto de trabajo. Finalmente, los avances tecnológicos y el apogeo de las TIC están acarreado una considerable sustitución de la mano de obra humana por procesos mecanizados que permiten abaratar los costes de producción.

En tales circunstancias, el desempleo, la flexibilidad laboral y la sobrecualificación han pasado a representar la tónica imperante de los procesos de inserción laboral de la juventud universitaria española (García-Montalvo, 2007; Instituto Nacional de Estadística [INE] 2008; García-Montalvo y Peiró, 2009) y europea en general (Eurostat, 2009; OCDE, 2009a, 2009b), apuntando hacia la conveniencia de apostar por vías alternativas de canalización del capital humano formado en la Universidad.

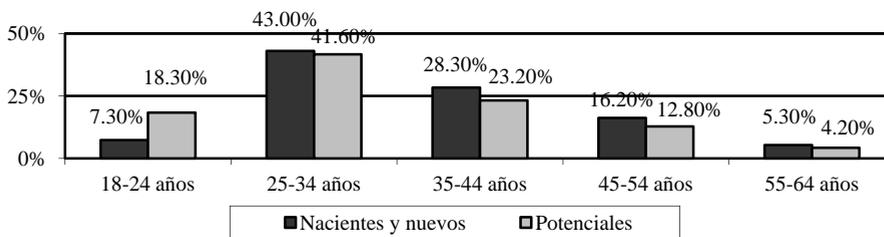
Con apoyo en la argumentación previa, este trabajo parte de una revisión general de la iniciativa empresarial de los jóvenes españoles para proponer un modelo sociocognitivo del comportamiento emprendedor y sus desencadenantes durante la etapa universitaria. A continuación, la parte empírica del trabajo describe un estudio llevado a cabo con una muestra representativa de estudiantes en una universidad española, con el propósito de validar el modelo propuesto y analizar su utilidad para diferenciar entre grupos de futuros titulados con distintas experiencias de aprendizaje. Finalmente, se profundiza en la discusión de los resultados obtenidos y sus implicaciones para el diseño de programas formativos de fomento de la iniciativa emprendedora en contextos académicos.

2. La iniciativa emprendedora de los titulados universitarios

Según el último Informe *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM) dedicado al análisis de la actividad emprendedora en nuestro país (de la Vega et al., 2009), la edad media del emprendedor español propietario de un negocio de menos de 42 meses de antigüedad se situó en 2009 en 36.6 años. Estos datos apuntan a un cierto rejuvenecimiento de los emprendedores, teniendo en cuenta que, en años previos, la edad media tendía a situarse próxima a los 40 años. Además, en torno al 43% de los nuevos negocios españoles correspondieron a emprendedores de entre 25 y 34 años (Figura 1), siendo éste el periodo de mayor actividad en creación de empresas. Este dato es, por otro lado, coherente con la tendencia de otros países europeos y del mundo, con independencia del nivel de desarrollo económico (Bosma y Levie, 2009).

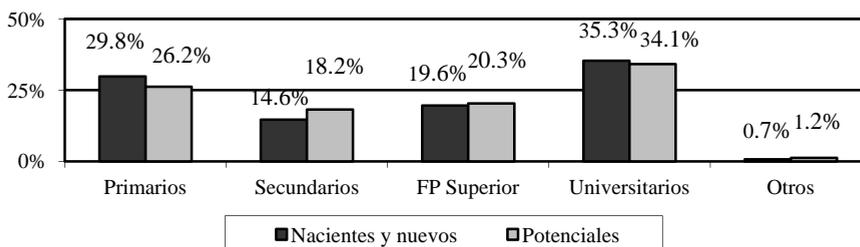
A pesar de todo, la iniciativa empresarial registrada estuvo compuesta por sólo un 7.3% de jóvenes menores de 24 años, coincidiendo con la edad normativa de finalización de la formación reglada para muchas personas. La tendencia mejora notablemente en el grupo de emprendedores potenciales, que aún no han puesto en marcha su actividad empresarial pero tienen intención declarada de hacerlo en el futuro. Dentro de este colectivo, el 18.3% correspondió en 2009 a jóvenes menores de 25 años (de la Vega et al., 2009).

Figura 1. Edad de los emprendedores españoles (año 2009)



Fuente: Elaboración propia en base a de la Vega et al. (2009).

Figura 2. Nivel de estudios de los emprendedores españoles (año 2009)



Fuente: Elaboración propia en base a de la Vega et al. (2009).

De forma complementaria a estos datos, la Figura 2 muestra que la mayor parte de empresarios españoles en 2009 contaba con estudios universitarios superiores (de la Vega et al., 2009). Esta tónica fue común tanto para los emprendedores nacientes y nuevos propietarios de empresas de 0 a 42 meses de antigüedad (35.3%), como para los emprendedores potenciales con intención de crear su propia empresa a corto plazo (34.1%), reflejando el espectacular crecimiento experimentado por el nivel de estudios de los empresarios españoles en las tres últimas décadas, de forma coherente con la tendencia observada en la población general (Congregado et al., 2008).

Con todo, a pesar de la enorme especialización profesional de los emprendedores españoles, la edad media de comienzo en los negocios se sitúa mucho después de la finalización de la educación reglada desde un punto de vista normativo. Así, aunque predominan los empresarios y emprendedores potenciales que han recibido formación universitaria, la edad de inicio de las empresas se retrasa por encima de los 35 años en la mayoría de los casos, de forma que suele ser precedida por cierta experiencia previa de trabajo por cuenta ajena.

Las investigaciones centradas específicamente en el estudio de la inserción laboral de los universitarios en España ratifican igualmente la tendencia de los jóvenes con estudios superiores a optar por carreras profesionales por cuenta ajena. A modo de ejemplo, los resultados del último *Observatorio de Inserción Laboral de los Jóvenes* elaborado por el Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas (IVIE) muestra que el porcentaje de recién titulados universitarios en régimen de autónomos en sus primeros empleos no supera el 2% (García-Montalvo y Peiró, 2009). En la misma línea, diversas encuestas realizadas con el propósito de conocer las preferencias e intenciones laborales de los universitarios a corto plazo demuestran sistemáticamente la predilección de éstos por el empleo asalariado en empresas privadas o en la Administración Pública en contraposición a la creación de una empresa propia, así como una escasa orientación empresarial en general (e.g., Veciana, Aponte y Urbano, 2005; Moriano, Palací y Morales, 2006; Díaz, Hernández y Lino, 2007; Liñán y Santos, 2007; Guerrero, Rialp y Urbano, 2008; Toledano y Urbano, 2008; FUE 2009; Vázquez et al., 2009a, 2009b).

Como explicación a este escaso espíritu empresarial de la juventud universitaria, los expertos cuestionan la labor desarrollada hasta el momento por los sistemas nacionales de educación y formación en el estímulo de la iniciativa emprendedora desde la edad escolar (Bosma et al., 2008; de la Vega et al., 2009; Corduras et al., 2010). No en vano las cifras relativas a la enseñanza curricular de competencias para la creación de empresas dejan entrever ciertos signos de inadecuación. De acuerdo con la encuesta del Eurobarómetro (Comisión Europea, 2007), por ejemplo, el paso por el sistema educativo contribuye al desarrollo de actitudes positivas hacia la iniciativa emprendedora, aunque su eficacia es menor a la hora de materializar dichas tendencias en la forma de nuevas empresas.

Los datos más pesimistas de esta situación llevada a la educación superior provienen de estudios que demuestran que el paso por la Universidad no sólo está lejos de estimular la iniciativa emprendedora del alumnado (e.g., Muñoz Adánez, 1997, 1999), sino que

además fomenta en ellos actitudes más negativas hacia el autoempleo que las que tenían al comienzo de la carrera (e.g., Vázquez et al., 2009a, 2009b).

En consecuencia, la inclusión de la iniciativa emprendedora como objetivo académico en todos los niveles de enseñanzas regladas ha pasado a representar una herramienta básica en el contexto de las políticas comunitarias y nacionales de fomento empresarial, atribuyéndose a las universidades el cometido de “*desarrollar las cualificaciones y competencias necesarias para explotar plenamente las actividades de innovación y transmisión de conocimientos en combinación con la comercialización de nuevas tecnologías*” (Comisión Europea, 2006a: 10).

Con todo, la educación en materia emprendedora en las universidades es puesta al servicio, tanto de las nuevas necesidades de desarrollo económico en Europa, como de una mejor y más eficaz inserción de los jóvenes en el mundo que les rodea y en el mercado de trabajo. Sirva de ejemplo sobre esta intencionalidad el valor otorgado a la iniciativa emprendedora en el *Pacto Europeo por la Juventud*, adoptado por el Consejo Europeo de Primavera de 2005 (Comisión Europea, 2005b) bajo los objetivos de mejorar la formación, la movilidad, la inserción profesional y la inclusión social de los jóvenes europeos, facilitando al mismo tiempo la conciliación de la vida familiar y profesional.

Desde este encuadre de intenciones, la justificación de una mayor implicación de las universidades en el fomento de la iniciativa emprendedora es inherente a los resultados que puedan derivarse de la misma. Es por ello por cuanto se detecta en la literatura especializada la necesidad de avanzar hacia un mejor conocimiento de los desencadenantes de la conducta emprendedora en la juventud, así como de los mecanismos mediante los que ésta puede ser estimulada desde la educación superior.

3. Los desencadenantes sociocognitivos de la iniciativa emprendedora

Los modelos cognitivos de intenciones emprendedoras derivados del Modelo del Suceso Empresarial (Shapero y Sokol, 1982) y la Teoría de la Conducta Planificada (Ajzen, 1991) han sido las aproximaciones más frecuentemente aplicadas desde épocas recientes a la explicación del comportamiento emprendedor en entornos universitarios. El postulado básico de este enfoque teórico deriva de la literatura psicológica en la que la intencionalidad humana es entendida como el principal antecedente y mejor predictor de la conducta planificada orientada a metas, especialmente cuando ésta se desarrolla a largo plazo (Ajzen y Fishbein, 1980; Ajzen, 1987, 1991, 2001).

Desde tal planteamiento, la intención emprendedora se define como “*el estado mental que dirige la atención, experiencia y acción hacia un concepto de negocio*” (Bird, 1988: 442), siendo explicada a partir de actitudes individuales en torno a la factibilidad y deseabilidad percibidas en la creación de empresas (Shapero y Sokol, 1982) o constructos afines de control conductual, actitud positiva hacia la conducta y norma subjetiva (Ajzen, 1991). Dichas variables cognitivas actúan a su vez como mediadoras de la influencia de otros factores exógenos o endógenos con potencial para afectar la intención y conducta emprendedoras.

Salvo escasas excepciones, la mayor parte de trabajos dedicados a la validación empírica de las predicciones de los modelos de intenciones emprendedoras han recurrido a muestras de estudiantes universitarios (e.g., Krueger, 1993; Kolvareid, 1996; Krueger, Reilly y Carsrud, 2000; Soutaris, Zerbinati y Al-Laham, 2007; Liñán y Chen, 2009; Vázquez et al., 2009a, 2009b), avalando la utilidad de la corriente teórica descrita en la explicación del comportamiento empresarial en dicha etapa. No obstante, la evidencia acumulada en este sentido debe ser entendida ante el matiz de varias limitaciones achacables a la línea de trabajo seguida, particularmente en lo que respecta a la escasa generalización de los resultados obtenidos a la población de emprendedores potenciales no universitarios (Robinson, Huefner y Hunt, 1991; Hemmasi y Hoelscher, 2005), la cuestionada utilidad de los modelos en la predicción de la conducta emprendedora futura (Bagozzi y Yi, 1989; Fayolle, 2005), y la diversidad de aproximaciones empleadas en la conceptualización de las variables actitudinales incluidas en los estudios citados (Chandler y Lyon, 2001; Liñán y Chen, 2009).

Por todo ello, proponemos en este trabajo que las teorías psicológicas desarrolladas específicamente para la explicación de los procesos de desarrollo de carrera en la juventud constituyen una alternativa a los modelos clásicos de intenciones emprendedoras en la explicación de la conducta emprendedora del alumnado universitario. En concreto, la Teoría Social Cognitiva de Carrera (TSCC) de Lent, Brown y Hackett (1994, 2000) coincide con el enfoque previamente descrito en la secuencia esperada entre variables cognitivas, intenciones y conductas de carrera, al tiempo que permite superar sus limitaciones.

En suma, la TSCC da pie a conceptualizar la creación de empresas como resultado de un proceso de elección de carrera entre las alternativas de empleo por cuenta propia y ajena, en una visión más próxima a la realidad académico-profesional característica de la juventud universitaria. Asimismo, el modelo integra múltiples vías de influencia directa y directa en la explicación de la conducta de elección vocacional a partir de una mayor especificidad definicional de las variables desencadenantes de aquella, favoreciendo así la predictibilidad a largo plazo y la comparabilidad de resultados entre estudios.

En términos más operativos, el modelo de Lent, Brown y Hackett (1994, 2000) enfatiza la importancia de tres mecanismos sociocognitivos relevantes en los procesos de elección y desarrollo de carrera: las creencias de autoeficacia, las expectativas de resultados, y las representaciones de metas.

En primer lugar, dentro de la corriente de investigación a la que ha dado pie la TSCC, la autoeficacia percibida es definida en referencia a las *“creencias personales sobre la propia capacidad para llevar a cabo las conductas particulares necesarias para alcanzar metas académicas o laborales valoradas o, más generalmente, para desempeñar las tareas requeridas para el éxito en contextos laborales o escolares”* (Lent y Brown, 2006: 239). Por tanto, la dimensión aludida remite a la autoevaluación de las propias habilidades para desempeñar una determinada ocupación o alcanzar un determinado nivel de rendimiento en la misma.

De forma paralela, en la literatura sobre creación de empresas el constructo de autoeficacia emprendedora ha sido definido en base al *"grado en que una persona se considera capaz de realizar exitosamente los distintos roles y tareas entrañadas por la creación de empresas"* (Chen, Greene y Crick, 1998: 295), como faceta específica del constructo de factibilidad percibida empleado en la predicción de la intencionalidad empresarial (Krueger y Brazeal, 1994; Krueger, Reilly y Carsrud, 2000; Peterman y Kennedy, 2003; De Noble, Jung y Ehrlich, 1999; Zhao, Seibert y Hills, 2005; Liñan y Chen, 2009).

En segundo lugar, las expectativas de resultados se refieren a las creencias personales sobre las consecuencias de realizar una determinada conducta. En suma, mientras que las creencias de autoeficacia se definen en base a la pregunta *¿puedo hacerlo?*, las expectativas de resultados tienen que ver con la cuestión de *¿qué pasará si lo hago?* (Lent, Brown y Hackett, 1994). Bandura (1986) ha diferenciado entre varios tipos de recompensas que pueden influir sobre el comportamiento vocacional, como la anticipación resultados físicos (i.e., ingresos económicos), sociales (i.e., reconocimiento o aprobación), y autoevaluativos (i.e., satisfacción personal).

En referencia a esta definición, la anticipación de recompensas ha sido una variable frecuentemente aludida en la literatura como antecesora de la actividad empresarial, remitiendo a una perspectiva económica de utilidad esperada dentro de la que la elección de carreras emprendedoras se explica en base a una respuesta de maximización del beneficio instrumental –económico y psicológico– obtenido de tal alternativa frente al empleo asalariado (Baumol, 1990; Campbell, 1992; Douglas y Sheperd, 2000, 2002). Con todo, las expectativas de resultados aglutinan una faceta básica del constructo más genérico de deseabilidad percibida considerado dentro de los modelos clásicos de intenciones (Kolvereid, 1996; Krueger, Reilly y Carsrud, 2000; Soutaris, Zerbinati y Al-Laham, 2007).

En tercer lugar, las metas son definidas por la determinación de llevar a cabo una actividad o de perseguir un resultado deseado en el futuro (Bandura 1986), siendo explicadas por los autores de la TSCC en base a tres subprocesos secuenciales de desarrollo de carrera: los intereses, las intenciones o metas de elección de carrera, y las conductas de elección de carrera.

Los intereses vocacionales constituyen patrones de atracción –positiva, negativa o neutra– hacia las actividades relacionadas con una determinada ocupación académica o profesional (Hansen 1984), en nuestro caso la creación de empresas. A pesar de la aparente utilidad de tal concepto psicológico en la explicación del origen de la iniciativa emprendedora entendida como decisión de carrera en la juventud, el constructo ha sido preferentemente estudiado en la etapa de la adolescencia (Bonnett y Furnham, 1991; Schmitt-Rodermund, 2004), por considerarse este el momento en que los intereses ocupacionales comienzan a consolidarse. Son, por tanto, necesarios nuevos estudios dedicados al refinamiento teórico y metodológico del constructo en etapas más avanzadas de elección de carrera.

La evolución de los intereses vocacionales hacia intenciones y conductas específicas define lo que Lent, Brown y Hackett (1994) denominan *"proceso de elección de carrera"*. De un lado, las intenciones de carrera o metas de elección capturan el desarrollo de

planes o decisiones específicas de dedicación a un determinado campo o actividad profesional. Partiendo de esta definición, el concepto predominantemente asumido en la literatura especializada de las intenciones emprendedoras tiene cabida dentro de la TSCC en relación al compromiso con planes decisionales específicos de creación de una empresa como alternativa ocupacional.

Por su parte, las conductas de implementación de la alternativa ocupacional elegida o conductas de elección aluden a todas aquellas acciones específicas que marcan la entrada del individuo en la ocupación elegida (Lent, Brown y Hackett, 1994). A tales efectos, la literatura especializada ha caracterizado el surgimiento de la conducta emprendedora en referencia a la implicación del individuo en actividades tempranas de puesta en marcha de una empresa aún no operativa en el mercado (Carter, Gartner y Reynolds, 1996; Aldrich y Martínez, 2001; Soutaris, Zerbinati y Al-Laham, 2007; McGee, Mueller y Sequeira, 2009), hablándose de una fase de gestación de negocio o "*nascency*" (Reynolds et al., 2004).

A partir de la revisión previa, a este trabajo se asigna el objetivo de validar un modelo sociocognitivo del comportamiento emprendedor y sus desencadenantes durante la etapa universitaria en torno a los constructos de autoeficacia emprendedora, expectativas de resultados, y metas de carrera operativizadas en términos de intereses, intenciones y conductas emprendedoras tempranas. Para ello, la siguiente sección describe un estudio empírico llevado a cabo a partir de una muestra representativa de estudiantes universitarios con el propósito analizar la validez de constructo de un cuestionario desarrollado para medir las variables de interés, así como su utilidad para diferenciar entre grupos de estudiantes expuestos a distintas experiencias de aprendizaje de competencias para la creación de empresas.

4. Estudio empírico

4.1. Muestra

La población objeto de estudio fue definida en base al total de estudiantes de las titulaciones en extinción de Primer y Segundo Ciclo impartidas en la Universidad de León durante el período académico 2009/2010, bajo la pretensión de basar las conclusiones del trabajo en la experiencia de partícipes de enseñanzas superiores regladas de larga tradición, siendo posibilitada de tal forma la extracción de conclusiones sobre patrones de carencias y buenas prácticas aplicables a la implementación de los más recientes Títulos de Grado adaptados al EEES.

Desde este encuadre, el tamaño de la población se estableció en 11.779 a partir del *Avance de la Estadística de Estudiantes Universitarios* del Ministerio de Educación (2009) para el curso académico 2008/2009, correspondiendo éstos a los datos públicos más recientes en el momento de realización de la encuesta. Con todo, el tamaño requerido para garantizar la representatividad de la muestra con un nivel de confianza del 95% (siendo $e = \pm 5\%$; $p = q = 0.50$) fue de 374, optándose por una cifra objetivo superior de 400 encuestados.

En términos más específicos, la composición de la muestra derivó de un procedimiento de muestreo estratificado, garantizándose la representatividad de los estudiantes de acuerdo a la clásica distinción por áreas académicas (i.e., Ciencias Socio-Jurídicas, Enseñanzas Técnicas, Ciencias de la Salud, Ciencias Experimentales, y Humanidades), en base al peso proporcional de dichos estratos dentro de la población total. A tales respetos, la Tabla 1 resume la distribución porcentual del alumnado de acuerdo al criterio especificado y la derivación de tales cifras en la composición final de la muestra.

Tabla 1. Composición de la muestra del estudio

	Población	Porcentaje	Muestra
CC. Socio_Jurídicas	5.299	45.0%	180
EE. Técnicas	2.933	24.9%	100
CC. Salud	1.578	13.4%	54
CC. Experimentales	1.401	11.9%	47
Humanidades	568	4.8%	19
Total	11.779	100.0%	400

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Educación (2009).

Cabe precisar asimismo que, con el propósito de garantizar la máxima experiencia universitaria posible de los participantes en la investigación, se trató de concentrar la recogida de información en los últimos cursos de carrera. En este sentido, el 75% de alumnos encuestados estaba matriculado en los cursos cuarto y quinto de Licenciatura o Ingeniería, correspondiendo el 25% restante a alumnado de tercer curso, predominantemente de Diplomaturas o Ingenierías Técnicas.

Por lo que respecta a las características sociodemográficas de los encuestados, la muestra estuvo integrada por 223 mujeres (55.75%) y 177 hombres (44.25%), con edades comprendidas entre los 20 y los 48 años, siendo la media de 23.23 años ($DT = 3.25$).

4.2. Procedimiento de recogida de datos

La recogida de datos para el estudio estuvo centrada en la administración de un cuestionario a la muestra seleccionada, el cual fue construido mayoritariamente para los propósitos de la investigación.

Para garantizar la validez de contenido, el desarrollo de los ítems a integrar en las escalas de medición siguió una aproximación deductiva (Schwab, 1980; Hinkin, 1995; Martínez, 1995), basada en la definición operativa de los constructos teóricos a partir de una profunda revisión de la literatura especializada en el tema y de otros instrumentos similares. Asimismo, se trató de reducir al máximo la ocurrencia de errores de medida sistemáticos asociados al método psicométrico cuando las variables objeto de estudio deben ser obtenidas de la misma fuente y no pueden ser medidas en distintos contextos temporales o espaciales (Fiske, 1982; Bagozzi y Yi, 1991; Podsakoff, Mackenzie y Podsakoff, 2003).

La versión final del cuestionario quedó supeditada a un cuidadoso refinamiento de los ítems incluidos en base a la opinión de tres expertos en el área acerca de la adecuación de los indicadores propuestos en la medición de las variables de interés, así como a una prueba pre-test realizada con un reducido grupo de estudiantes universitarios de la Universidad de León a quienes se consultó acerca de la dificultad y comprensión del contenido de las escalas.

En la recogida de datos, se empleó un procedimiento de auto-administración colectiva y voluntaria del cuestionario a grupos de estudiantes en el contexto de clases universitarias programadas, previo consentimiento del profesor responsable en cada caso y en presencia de un investigador cualificado a tales efectos.

En términos más operativos, el cuestionario desarrollado y aplicado estuvo integrado por varias escalas relativas a las variables objeto de estudio: autoeficacia emprendedora, expectativas de resultados, intereses emprendedores, intención emprendedora y conducta emprendedora temprana.

La dimensión de autoeficacia emprendedora fue estimada a partir de diez ítems relativos al sentido subjetivo de competencia para el desempeño de actividades relacionadas con la creación y gestión de empresas, de acuerdo al planteamiento asumido en investigaciones previas sobre el constructo entendido como específico de dominio (Chen, Greene y Crick, 1998; De Noble, Jung y Ehrlich, 1999; Zhao, Seibert y Hills, 2005; Moriano, Palací y Morales, 2006; McGee, Mueller y Sequeira, 2009; Vázquez et al., 2009a, 2009b, 2010). Para cada ítems, los encuestados debían indicar su grado de confianza en sí mismos para realizar las actividades listadas, de acuerdo a una escala tipo Likert de 0 (*ninguna confianza*) a 10 (*máxima confianza*).

Las expectativas de resultados atribuidas a la creación de empresas fueron estimadas a partir del grado de acuerdo reportado por los encuestados con respecto a 14 potenciales beneficios frecuentemente aludidos en investigaciones previas (Kolvereid 1996; Krueger, Reilly y Carsrud, 2000; Carter et al., 2003; Vázquez et al., 2009a, 2009b). Para cada ítem, los participantes debían responder en una escala Likert de 0 (*completamente en desacuerdo*) a 10 (*completamente de acuerdo*).

Siguiendo el procedimiento típicamente empleado en estudios previos sobre la formación de intereses emprendedores durante la adolescencia (e.g., Schmitt-Rodermund, 2004), los participantes en el estudio fueron instados a manifestar su grado de atracción por el desarrollo de diez actividades relacionadas con la iniciativa emprendedora, de acuerdo a una escala de 0 (*ningún interés*) a 10 (*máximo interés*).

La intención de emprender fue estudiada a través de la adaptación de una medida compuesta de tres ítems desarrollada inicialmente por Kolvereid (1996). Desde dicho planteamiento, la intencionalidad emprendedora fue entendida en términos de preferencia laboral por el autoempleo frente al trabajo por cuenta ajena y probabilidad anticipada de la decisión entre ambas alternativas. En cada caso, los encuestados debían valorar su grado de identificación con el enunciado de los ítems, de acuerdo a una escala de 0 (*nada identificado*) a 10 (*completamente identificado*).

Con respaldo en la literatura previa (e.g., Carter et al., 2003; Soutaris, Zerbinati y Al-Laham, 2007; McGee, Mueller y Sequeira, 2009), la conducta emprendedora temprana fue constatada a partir del grado de identificación con cuatro enunciados referidos al grado de implicación en actividades preparatorias para la creación de empresas, de acuerdo a una escala Likert de 0 (*nada identificado*) a 10 (*completamente identificado*).

Por último, y con fines descriptivos de la muestra, un último apartado del cuestionario estuvo dedicado a recabar información sociodemográfica, en torno a los estudios cursados, el sexo y la edad de los encuestados.

4.3. Validez de constructo

La validez de constructo de las escalas empleadas para la medición de las variables incluidas en el estudio fue abordada mediante la realización de un análisis factorial exploratorio mediante el programa estadístico SPSS 15.0.

En los análisis preliminares de adecuación de los datos para ser sometidos a factorización, la revisión de la matriz de correlaciones entre todos los indicadores desveló un predominio de valores r superiores a .30. Asimismo, el índice KMO de adecuación de la muestra fue notablemente alto (.920), y el test de esfericidad de Barlett resultó significativo a un nivel de probabilidad de $p < .001$.

El análisis de componentes principales llevado a cabo en la extracción de factores arrojó siete dimensiones con valores eigen superiores a la unidad, las cuales explicaron el 69.14% de la varianza total acumulada. No obstante, el test de *scree* de Catell mostró un claro punto de inflexión entre los componentes quinto y sexto, lo que llevó a considerar la extracción de cinco factores como la estructura más apropiada por su mayor proximidad con el número de dimensiones esperadas a partir de la teoría.

La rotación Varimax empleada a tales propósitos permitió confirmar, con ciertas particularidades, la correspondencia entre ítems y constructos hipotetizada a priori, con cargas factoriales superiores a .50 para todos los indicadores en una única dimensión, lo que proporcionó evidencia sólida acerca de la validez discriminante de las escalas utilizadas (Tabla 2). En suma, los cinco factores obtenidos permitieron explicar el 63.68% de la varianza total acumulada.

Tabla 2. Resultados del análisis factorial exploratorio

	I	II	III	IV	V
Autoeficacia emprendedora					
Dirigir y gestionar el funcionamiento de una empresa	.849				
Organizar las operaciones de producción y logística	.849				
Organizar recursos para crear una empresa	.836				
Planificar las áreas de funcionamiento de una empresa	.785				
Comercializar productos y servicios en el mercado	.763				
Reunir recursos para crear una empresa	.762				

Reclutar y dirigir los empleados de una empresa	.713				
Desarrollar una idea en un proyecto empresarial viable	.706				
Llevar la contabilidad y administración empresarial	.668				
Identificar una oportunidad de negocio	.662				
Expectativas de resultados extrínsecos					
Oportunidades de promoción y ascenso profesional	.806				
Seguridad y estabilidad laboral	.798				
Flexibilidad en la conciliación personal y laboral	.794				
Buen estatus social	.787				
Buena retribución económica	.719				
Prestigio y reconocimiento social	.690				
Expectativas de resultados intrínsecos					
Oportunidades de aprender cosas nuevas	.817				
Desempeño de un trabajo interesante y retante	.809				
Sentimientos de autorrealización personal	.784				
Satisfacción personal	.767				
Autoestima e imagen positiva de sí mismo	.734				
Ajunte entre habilidades y exigencias del puesto	.720				
Autonomía e independencia en el trabajo	.690				
Desempeño de variedad de tareas	.670				
Intereses emprendedores					
Mantener relaciones con proveedores y distribuidores	.814				
Mantener relaciones con potenciales inversores	.778				
Planificar el funcionamiento de sistemas de negocio	.777				
Comprender la gestión económica de una empresa	.746				
Vender productos y servicios a los consumidores	.739				
Organizar y supervisar la mano de obra	.737				
Idear formas de cubrir necesidades del consumidor	.726				
Desarrollar estrategias de publicidad y promoción	.716				
Aprender a dirigir el funcionamiento de una empresa	.698				
Elaborar productos para el mercado	.688				
Aprender principios básicos de economía	.632				
Elección de carrera emprendedora					
Reunión de recursos para crear una empresa	.826				
Desarrollo de idea de negocio	.822				
Acciones de puesta en marcha	.757				
Probabilidad de crear una empresa al finalizar estudios	.709				
Asistencia a cursos y conferencias de formación	.682				
Probabilidad de empleo asalariado al finalizar estudios	.578				
Preferencia por la creación de empresas	.560				
Porcentaje de varianza explicada	15.61%	10.15%	12.72%	10.15%	9.54%
Fiabilidad alpha de Cronbach (α)	.944	.914	.917	.926	.855

Específicamente, las dimensiones de autoeficacia e intereses emprendedores conservaron la composición de indicadores esperada, asociándose a una fiabilidad notablemente alta, con valores α de Cronbach de .944 y .926, respectivamente.

Tabla 3. Correlaciones, medias (M) y desviaciones típicas (DT)

	1	2	3	4	5
1. Autoeficacia emprendedora	--				
2. ER extrínsecos	.33*	--			
3. ER intrínsecos	.31*	.59*	--		
4. Intereses emprendedores	.47*	.27*	.28*	--	
5. Elección emprendedora	.48*	.24*	.18*	.26*	--
M	5.42	6.95	7.88	6.55	2.41
DT	2.05	2.07	1.50	1.90	1.84

* $p < .01$.

Por su parte, los ítems empleados en la medición de las expectativas de resultados desvelaron una estructura bidimensional en torno a dos facetas de motivación extrínseca (relacionada con el valor instrumental de la conducta emprendedora para conseguir fines deseables) e intrínseca (relacionada con los beneficios autoevaluativos reportados por la actividad en sí misma). En estos dos casos, las fiabilidades α asociadas a los constructos identificados fueron, de nuevo, considerablemente altas, con unos valores respectivos de .914 y .917.

Finalmente, las escalas de intención y conducta emprendedoras quedaron agrupadas en un único constructo unidimensional de siete ítems referidos a la elección de carrera emprendedora, con una fiabilidad de $\alpha = .855$.

En base a las dimensiones factoriales identificadas, la Tabla 3 recoge los coeficientes de correlación r entre las variables del estudio, así como las medias y desviaciones típicas de las puntuaciones obtenidas en cada caso.

En general, todas las variables estuvieron positivamente correlacionadas entre sí, con valores r comprendidos entre .18 y .59 de acuerdo a un nivel de significatividad de $p < .01$, sirviendo de apoyo a la validez concurrente de las escalas empleadas en la medición de los constructos.

En términos descriptivos, la revisión de los resultados recogidos en la tabla reveló, en primer lugar, que los encuestados se percibieron moderadamente competentes para emprender, y manifestaron cierta inquietud por el desarrollo de tal carrera, con unas puntuaciones medias respectivas de 5.42 y 6.55 en las escalas de autoeficacia e intereses emprendedores, por encima del valor intermedio de 5 en la escala Likert de 0 a 10 empleada.

Medias más altas definieron las recompensas asociadas por los participantes del estudio a la actividad empresarial, ascendiendo a 6.95 en términos de expectativas de resultados extrínsecos y a 7.88 en la escala de expectativas de resultados intrínsecos.

Por último, la tendencia emprendedora de los participantes en el estudio medida en términos de elección de carrera se situó en un valor medio considerablemente bajo de 2.41, quedando reflejada una preferencia generalizada por el empleo asalariado como prospectiva laboral a corto plazo.

4.4. Análisis multivariado de la varianza

Con el propósito de analizar la utilidad de los cinco factores identificados previamente para discriminar entre grupos de estudiantes expuestos a diferentes experiencias de aprendizaje en la Universidad, se llevó a cabo un análisis multivariado de la varianza (MANOVA), tomando la rama académica como variable independiente con las cinco categorías de Ciencias Socio-jurídicas, Enseñanzas Técnicas, Ciencias Experimentales, Ciencias de la Salud y Humanidades.

Tabla 4. Resultados del MANOVA

VD	Dif. conjuntas			Dif. individuales	
	λ	F	η^2	F	η^2
Autoeficacia emprendedora	.773	5.23**	.062	12.62*	.105
ER extrínsecos				3.97*	.039
ER intrínsecos				2.51	.025
Intereses emprendedores				15.33*	.134
Elección emprendedora				6.00*	.057

* $p < .01$ (ajuste Bonferroni); ** $p < .001$.

De acuerdo a los resultados recogidos en la Tabla 4, el análisis arrojó una diferencia estadísticamente significativa a un nivel de $p < .001$ entre alumnos de distintos grupos de titulaciones, con unos valores λ de Wilks = .773 y $F(20, 7298) = 2.23$. En suma, el porcentaje de varianza compartida por el conjunto de variables que fue explicado por el área académica se restringió al 6.2% (con un estadístico $\eta^2 = .062$).

Cuando las diferencias intergrupales para cada VD fueron analizadas por separado, las dimensiones sociocognitivas relativas a la autoeficacia emprendedora ($F(4, 395) = 12.62$; $\eta^2 = .105$), las expectativas de resultados extrínsecos ($F(4, 395) = 3.97$; $\eta^2 = .039$), los intereses emprendedores ($F(4, 395) = 15.33$; $\eta^2 = .134$), y la elección de carrera emprendedora ($F(4, 395) = 6.00$; $\eta^2 = .057$) alcanzaron niveles de significación estadística de acuerdo al criterio ajustado de Bonferroni de $p < .01$ (.05/5), oscilando el

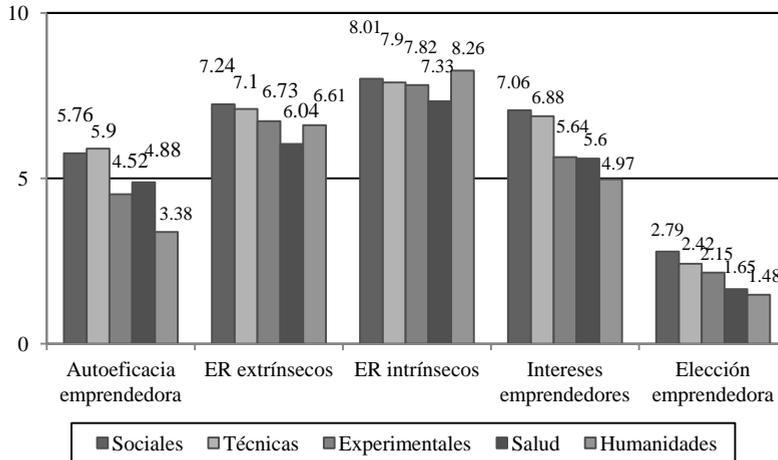
porcentaje de varianza explicado entre el 3.9% y el 10.5%. Únicamente la dimensión de expectativas de resultados intrínsecos apareció asociada a diferencias no significativas.

Tabla 5. Análisis HSD de Tukey

Variable dependiente	Variable independiente		Diferencia de medias (I – J)	Error típico	Significación
	Rama (I)	Rama (J)			
Autoeficacia	Socio-Jurídicas	Experimentales	1.24	.318	.001
		Salud	0.87	.302	.032
		Humanidades	2.38	.469	.000
	Técnicas	Experimentales	1.37	.344	.001
		Salud	1.01	.328	.019
		Humanidades	2.52	.487	.000
Salud	Humanidades	1.50	.519	.032	
ER extríns.	Socio-Jurídicas	Salud	1.20	.316	.002
	Técnicas	Salud	1.06	.344	.019
ER intríns.	Socio-Jurídicas	Salud	0.68	.231	.028
Intereses	Socio-Jurídicas	Experimentales	1.42	.291	.000
		Salud	1.46	.275	.000
		Humanidades	2.09	.428	.000
	Técnicas	Experimentales	1.24	.314	.001
		Salud	1.28	.299	.000
		Humanidades	1.91	.444	.000
Elección	Socio-Jurídicas	Salud	1.14	.278	.000
		Humanidades	1.31	.432	.021

A continuación, una serie de análisis *post hoc* llevados a cabo mediante la prueba HSD de Tukey permitieron identificar los grupos específicos de estudiantes entre los que estaban concentradas las diferencias apuntadas, tomando un nivel de significación de $p < .05$. Los resultados de esta prueba se resumen en la Tabla 5. De forma complementaria, la Figura 3 muestra gráficamente las puntuaciones medias obtenidas por cada grupo de estudiantes en cada variable.

En términos generales, las principales diferencias aparecieron entre los estudiantes de Ciencias Socio-Jurídicas y Enseñanzas Técnicas, por un lado, y los alumnos de titulaciones vinculadas a las Ciencias Experimentales, Ciencias de la Salud y Humanidades, por otro. Específicamente, los universitarios de los dos primeros grupos mencionados manifestaron una mayor eficacia autopercibida para emprender, anticiparon consecuencias más positivas en la creación de empresas y fueron partícipes de una mayor implicación en metas relacionadas con tal alternativa laboral en términos de intereses y elección de carrera emprendedora.

Figura 3. Diferencias intergrupales

5. Conclusiones

La creciente responsabilidad adquirida por las universidades en el fomento de la iniciativa emprendedora como estrategia de desarrollo socioeconómico e integración laboral de los jóvenes plantea la necesidad de avanzar hacia un mejor conocimiento de los desencadenantes de la conducta emprendedora en esta etapa formativa, así como de los mecanismos mediante los que ésta puede ser estimulada a partir de la educación superior. Desde este encuadre, el trabajo presentado en estas páginas ha perseguido el objetivo de validar un modelo de variables sociocognitivas aplicado al estudio de la conducta emprendedora de los estudiantes universitarios.

En términos generales, el análisis factorial llevado a cabo a tales propósitos ha permitido confirmar una estructura de constructos bastante próxima a la esperada, en torno a las dimensiones de autoeficacia emprendedora, expectativas de resultados extrínsecos e intrínsecos, intereses emprendedores y elección de carrera emprendedora.

A partir de dicha estructura de componentes, el perfil emprendedor del alumnado de la Universidad de León analizada apareció caracterizado por elevadas expectativas de resultados positivos en la creación de empresas, moderados intereses y percepciones de competencia para el desempeño de tal actividad, y considerablemente bajas propensiones a corto plazo hacia la elección de carreras emprendedoras.

Tal desajuste entre las actitudes de los jóvenes con estudios superiores hacia la deseabilidad del autoempleo y su escasa tendencia a implicarse en metas de carrera al respecto en los países de nuestro entorno ha sido frecuentemente documentado en estudios previos (e.g., Comisión Europea, 2007; Bosma et al., 2008; Bosma y Levie, 2009;

de la Vega et al., 2009), al tiempo que diversas investigaciones dedicadas al análisis de los factores desencadenantes de la intencionalidad emprendedora avalan la idea de que los constructos asociados a la viabilidad conductual explican una mayor proporción de la varianza en el comportamiento emprendedor que las actitudes hacia los resultados empresariales (e.g., Krueger, 1993; Kolvereid, 1996; Krueger, Reilly y Carsrud, 2000).

Con todo, el discurso típico del alumnado parece ser un *"quiero pero no puedo"*, en el contexto de moderados intereses vocacionales por la creación de empresas y sutiles actitudes positivas hacia los resultados de tal empeño, que no parecen desembocar adecuadamente en metas de carrera a corto plazo a causa de los obstáculos percibidos en el proceso.

Por otro lado, los resultados del estudio también sugieren importantes diferencias en el perfil sociocognitivo de estudiantes de distintas ramas científicas, de forma que los alumnos de ramas Sociales y Técnicas parecen ser partícipes de un mayor sentido de competencia para emprender, atribuyen consecuencias extrínsecas más positivas, y muestran una mayor propensión al autoempleo que sus iguales de ramas Experimentales, de la Salud y Humanidades.

Este patrón de resultados puede estar relacionado con la existencia de una mayor cantidad de políticas nacionales y autonómicas destinadas a potenciar las vocaciones empresariales de los futuros titulados en áreas relacionadas con la tecnología, de cara a sacar el máximo provecho económico de los conocimientos y avances técnicos desarrollados en el seno de la propia institución universitaria. Sin desmerecer tales propósitos, cabe apuntar como complemento a ello la necesidad de ampliar el foco de las políticas desarrolladas hasta el momento al fomento de la cultura emprendedora en estudiantes de todas las titulaciones universitarias, para que sean capaces de identificar en sus áreas de estudio diversas oportunidades de contribuir al tejido empresarial regional.

Con todo, dando cabida en este análisis a las implicaciones prácticas derivadas de la investigación conducida, la escasa orientación emprendedora detectada entre los futuros graduados reafirma la conveniencia de reforzar el trabajo conjunto de universidades, autoridades públicas y otros agentes comunitarios en el diseño de procedimientos específicos aplicables a la articulación de una estrategia integrada de educación emprendedora.

En tal confluencia de propósitos, el clima de cambios imperante en la actualidad con la instauración progresiva de los nuevos Títulos de Grado adaptados al Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) ofrece una excelente oportunidad para trabajar en el diseño de programas de enseñanza adaptados a los requerimientos de fomento empresarial.

Al servicio de tal cometido de planificación curricular, y a modo de sugerencias de buenas prácticas, la adopción de estrategias de enseñanza centradas en el alumno, fundamentalmente mediante la diversificación de los métodos de formación teórica a

formas de aprendizaje experiencial y cooperativo, son erigidas como la aproximación más eficaz para los propósitos de la educación emprendedora en la Universidad, en consonancia con la nueva filosofía de enseñanza preconizada desde el EEES. A tal respecto, cabe recordar asimismo la conveniencia de complementar tal orientación metodológica con la asunción de un modelo de enseñanza por competencias que disponga los conocimientos, habilidades y actitudes necesarias para un adecuado desenvolvimiento empresarial, en el marco de una cuidada programación secuencial a lo largo de la trayectoria universitaria basada en las necesidades específicas de estudiantes de distintas ramas académicas.

No en vano, los expertos coinciden en señalar que la educación de la iniciativa emprendedora no ha de estar restringida a los planes de estudios de las disciplinas económicas y empresariales, y que las diferentes especialidades y titulaciones superiores conllevan también exigencias distintas sobre los contenidos a impartir en la enseñanza en función de las demandas profesionales del alumnado (Comisión Europea, 2006b; DG Empresa, 2008):

- Para los estudiantes de Ciencias Económicas y Empresariales, los principales aspectos relacionados con la competencia empresarial (i.e., marketing, gestión, etc.) se ofrecen por separado dentro de cada plan de estudios concreto, por cuanto la enseñanza del espíritu emprendedor requiere un enfoque muy específico, centrado en la creación de negocios novedosos y en las fases de gestión y crecimiento de las nuevas y pequeñas empresas.
- Por su parte, los estudiantes de Enseñanzas Técnicas y Ciencias Experimentales suelen ser muy buenos en el ámbito técnico y con frecuencia tienen unas ideas muy sólidas en materia de productos. En cambio, sus conocimientos sobre comercialización y marketing son limitados. El alumnado que presenta estas características requiere, por tanto, cursos adaptados sobre propiedad intelectual, procesos de comercialización, capital riesgo, etc. La finalidad debería ser que, hagan lo que hagan, los graduados de estas áreas tengan siempre en cuenta los aspectos empresariales.
- Para los estudiantes de Humanidades y Ciencias Sociales el enfoque podría estar centrado en la autogestión y la creación de empresas sociales, un nuevo ámbito de crecimiento que proporciona oportunidades al servicio tanto de la comunidad como de la sociedad en general.
- Finalmente, la educación en materia empresarial en los estudios de Arte y Diseño podría orientarse a las oportunidades derivadas del trabajo creativo, preparando a los graduados para que puedan trabajar como autónomos o trabajadores por cuenta propia y fundar pequeñas empresas.

Como apunte final, los resultados del estudio deben ser interpretados a la luz de ciertas limitaciones teóricas y metodológicas que dejan la puerta abierta a nuevos trabajos en este campo, particularmente en lo que respecta al escaso desarrollo teórico de algunos constructos estudiados, el carácter comparativo transversal del diseño, y conveniencia de replicación del estudio en otros contextos institucionales.

6. Bibliografía

- Ajzen, I. (1987). "Attitudes, traits, and actions: Dispositional prediction of behavior in social psychology", *Advances in Experimental Social Psychology*, 20, pp. 1-63.
- Ajzen, I. (1991). "The theory of planned behavior", *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 50, pp. 179-211.
- Ajzen, I. (2001). "Nature and operation of attitudes", *Annual Review of Psychology*, 52, pp. 27-58.
- Ajzen, I. y Fishbein, M. (1980). *Understanding attitudes and predicting social behavior*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.
- Aldrich, H.E. y Martínez, M.A. (2001). "Many are called but few are chosen: An evolutionary perspective for the study of entrepreneurship", *Entrepreneurship Theory and Practice*, 25 (4), pp. 41-56.
- Bagozzi, R.P. y Yi. Y. (1989). "The degree of intention formation as a moderator of the attitude-behavior relationship", *Social Psychology Quarterly*, 52, pp. 266-279.
- Bandura, A. (1986). *Social foundations of thought and action: A social cognitive theory*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
- Baumol, W.J. (1990). "Entrepreneurship: Productive, unproductive, and destructive", *Journal of Political Economy*, 98, pp. 893-921.
- Bird, B. (1988). "Implementing entrepreneurial ideas: The case for intentions", *Academy of Management Review*, 13, pp. 442-454.
- Bonnett, C. y Furnham, A. (1991). "Who wants to be an entrepreneur? A study of adolescents interested in a Young Enterprise scheme", *Journal of Economic Psychology*, 12, pp. 465-478.
- Bosma, N.; Acs, Z.J.; Autio, E.; Corduras, A. y Levie, J. (2008). *Global Entrepreneurship Monitor. 2008 Executive Report*. Babson Park, MA-Londres: Babson College-London Business School.
- Bosma, N. y Levie, J. (2009). *Global Entrepreneurship Monitor. 2009 Executive Report*. Babson Park, MA-Londres: Babson College-London Business School.
- Campbell, C.A. (1992). "A decision theory model for entrepreneurial acts", *Entrepreneurship Theory and Practice*, 17 (1), pp. 21-27.
- Carter, N.M.; Gartner, W.B. y Reynolds, P.D. (1996). "Exploring start-up event sequences", *Journal of Business Venturing*, 11, pp. 151-166.
- Carter, N.M.; Gartner, W.B.; Shaver, K. y Gatewood, E. (2003) "The career reasons of nascent entrepreneurs", *Journal of Business Venturing*, 18, pp.13-39.
- Chandler, G.N. y Lyon, D.W. (2001). "Issues of research design and construct measurement in entrepreneurship research: The past decade", *Entrepreneurship Theory and Practice*, 25 (4), pp. 101-113.
- Chen, C.C.; Greene, P.G. y Crick, A. (1998). "Does entrepreneurial self-efficacy distinguish entrepreneurs from managers?", *Journal of Business Venturing*, 13, pp. 295-316.

- Comisión Europea (2000a). *Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Lisboa, 23 y 24 de marzo de 2000*. Recuperado el 31 de mayo de 2010, de <http://www.maec.es/gal/MenuPpal/EspanayUE/Politicacomunitarias/Documents/9d8dd346b50244e2af36aa2ac2356c98consejolisboa.pdf>.
- Comisión Europea (2000b). *Carta Europea de la Pequeña Empresa*. Recuperado el 28 de Mayo de 2010, de http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/charter/docs/charter_es.pdf.
- Comisión Europea (2004). *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de Acción: El programa europeo a favor del espíritu empresarial* (COM -2004- 70 final, de 11.02.2004). Bruselas: Autor.
- Comisión Europea (2005a). *Implementación del programa comunitario de Lisboa. Una política moderna de la PYME para el crecimiento y el empleo* (COM -2005- 551 final, de 10.11.2005). Bruselas: Autor.
- Comisión Europea (2005b). *Comunicación de la Comisión de 30 de mayo de 2005 relativa a las políticas europeas en el ámbito de la juventud: Responder a las expectativas de los jóvenes en Europa. Aplicación del Pacto europeo para la juventud y promoción de la ciudadanía activa* (COM -2005- 206 final, de 30.05.2005). Bruselas: Autor.
- Comisión Europea (2006a). *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Aplicar el programa comunitario de Lisboa: Fomentar la mentalidad empresarial mediante la educación y la formación* (COM -2006- 33 final, de 13.02.2006). Bruselas: Autor.
- Comisión Europea (2006b). *Entrepreneurship education in Europe: Fostering entrepreneurial mindsets through education and learning. Final proceedings*. Oslo: Autor.
- Comisión Europea (2007). *Entrepreneurship survey of the EU (25 member states), United States, Iceland and Norway. Flash Eurobarómetro 192*. Bruselas: Organización Gallup.
- Comisión Europea (2008). *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "pensar primero a pequeña escala". "Small Business Act" para Europa: Iniciativa en favor de las pequeñas empresas* (COM -2008- 394 final, de 25.06.2008). Bruselas: Autor.
- Congregado, E.; Hernández, L.; Millán, J.M.; Raymond, J.L.; Roig, J.L.; Salas, V.; Sánchez-Asín, J.J. y Serrano, L. (2008). *El capital humano y los emprendedores en España*. Valencia: IVIE.
- Consejo de la Unión Europea (2001). *Informe del Consejo "Educación" al Consejo Europeo, de 14 de febrero de 2001, sobre los futuros objetivos precisos de los sistemas de educación y formación* (5680/91 EDU 18 - no publicado en el Diario Oficial). Recuperado el 7 de junio de 2010 de http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/general_framework/c11049_es.htm.
- Corduras, A.; Levie, J.; Kelley, D.J.; Saemundsson, R.J. y Schott, T. (2010). *Global Entrepreneurship Monitor special report: A global perspective on entrepreneurship education and training*. Babson Park-Londres: Babson College-London Business School.

- De la Vega, I.; Corduras, A.; Cruz, C.; Justo, R. y González, I. (2009). *Global Entrepreneurship Monitor. Informe Ejecutivo GEM España 2009*. Madrid: Instituto de Empresa.
- De Noble, A.; Jung, D. y Ehrlich, S. (1999). "Entrepreneurial self-efficacy: The development of a measure and its relationship to entrepreneurial action". En, R.D. Reynolds, W.D. Bygrave, S. Manigart, C.M. Mason, G.D. Meyer, H.J. Sapienza y K.G. Shaver (Eds.), *Frontiers of entrepreneurship research* (pp. 73-78). Waltham, MA: P&R Publication Inc.
- Díaz, J.C.; Hernández, R. y Lino, M. (2007). "Estudiantes universitarios y creación de empresas. Un análisis comparativo entre España y Portugal". En, J.C. Ayala (Coord.), *Conocimiento, innovación y emprendedores: Camino al futuro* (pp. 1338-1355). Logroño: Universidad de La Rioja.
- Dirección General de la Empresa (2002). *Informe final del grupo de expertos. Proyecto del "Procedimiento Best" sobre educación y formación en el espíritu empresarial*. Bruselas: Comisión Europea.
- Dirección General de la Empresa (2004a). *Informe final del grupo de expertos "Educación y formación en el espíritu empresarial". Desarrollar el impulso de las actitudes y capacidades empresariales en la Educación Primaria y Secundaria*. Bruselas: Comisión Europea.
- Dirección General de la Empresa (2004b). *Ayudar a crear una cultura empresarial. Guía de buenas prácticas para promover las actitudes y capacidades empresariales mediante la educación*. Bruselas: Comisión Europea.
- Dirección General de la Empresa (2008a). *La iniciativa emprendedora en la enseñanza superior, especialmente en estudios no empresariales. Resumen del Informe Final del grupo de expertos*. Bruselas: Comisión Europea.
- Douglas, E.J. y Sheperd, D.A. (2000). "Entrepreneurship as a utility-maximizing response", *Journal of Business Venturing*, 15, pp. 231-252.
- Douglas, E.J. y Sheperd, D.A. (2002). "Self-employment as a career choice: Attitudes, entrepreneurial intentions, and utility maximization", *Entrepreneurship Theory and Practice*, 26 (3), pp. 81-90.
- EUROSTAT (2009). *Labour market statistics*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- Fayolle, A. (2005). "Evaluation of entrepreneurship education: Behavior performing or intention increasing?", *International Journal Entrepreneurship and Small Business*, 2, pp. 89-98.
- Fiske, D.W. (1982). "Convergent-discriminant validation in measurements and research strategies". En, D. Brinbirg y L.H. Kidder (Eds.), *Forms of validity in research* (pp. 77-92). San Francisco: Jossey-Bass.
- Fundación Universidad-Empresa (2009). *Compromiso en la empresa. Compromiso laboral de los universitarios*. Madrid: Autor.
- García-Montalvo, J. (2007). "La inserción laboral de los universitarios: Entre el éxito y el desánimo", *Panorama Social*, 6, pp. 92-106.

- García-Montalvo J. y Peiró, J.M. (2009). *Análisis de la sobrecualificación y la flexibilidad laboral. Observatorio de Inserción Laboral de los Jóvenes 2008*. Valencia: Fundación Bancaja-IVIE.
- Guerrero, M.; Rialp, J. y Urbano, D. (2008). The impact of desirability and feasibility on entrepreneurial intentions: A structural equation model. *International Entrepreneurship and Management Journal*, 4, pp. 35-50.
- Hansen, J.C. (1984). "The measurement of vocational interests: Issues and future directions". En, S.D. Brown y R.W. Lent (Eds.), *Handbook of counseling psychology* (pp. 99-136). Nueva York: Wiley.
- Hemmasi, M. y Hoelscher, M. (2005). "Entrepreneurship research: Using students as proxies for actual entrepreneurs", *Journal of Entrepreneurship Education*, 8, pp. 49-59.
- Hinkin, T.R. (1995). "A review of scale development practices in the study of organizations", *Journal of Management*, 21, pp. 967-988.
- Instituto Nacional de Estadística. (2008). *Encuesta de Población Activa*. Recuperado el 18 de mayo de 2010, de http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t22/e308_mnu&file=inebase&N=&L=0.
- Kolvereid, L. (1996). "Prediction of employment status choice intentions", *Entrepreneurship Theory and Practice*, 20 (3), pp. 47-57.
- Krueger, N.F. (1993). The impact of prior entrepreneurial exposure on perceptions of new venture feasibility and desirability. *Entrepreneurship Theory and Practice*, 18 (1), 5-21.
- Krueger, N.F. y Brazeal, D.V. (1994). "Entrepreneurial potential and potential entrepreneurs", *Entrepreneurship Theory and Practice*, 18 (3), pp. 91-104.
- Krueger, N.F.; Reilly, M.D. y Carsrud, A.L. (2000). "Competing models of entrepreneurial intentions", *Journal of Business Venturing*, 15, pp. 411-432.
- Lent, R.W. y Brown, S.D. (2006). "Integrating person and situation perspectives on work satisfaction: A social-cognitive view", *Journal of Vocational Behavior*, 69, pp. 236-247.
- Lent, R.W.; Brown, S.D. y Hackett, G. (1994). "Toward a unifying social cognitive theory of career and academic interest, choice, and performance", *Journal of Vocational Behavior*, 45, pp. 79-122.
- Lent, R.W.; Brown, S.D. y Hackett, G. (2000). "Contextual supports and barriers to career choice: A social cognitive analysis", *Journal of Counseling Psychology*, 47, pp. 36-49.
- Liñán, F. y Chen, Y. (2009). "Development and cross-cultural application of a specific instrument to measure entrepreneurial intentions", *Entrepreneurship Theory and Practice*, 33, pp. 593-617.
- Liñán, F. y Santos, F.J. (2007). "Does social capital affect entrepreneurial intentions?" *International Advances in Economic Research*, 13, pp. 443-453.
- Martínez, R. (1995). *Psicometría: Teoría de los test psicológicos y educativos*. Madrid: Síntesis.
- Mcgee, J.E.; Mueller, S.L. y Sequeira, J.M. (2009). "Self-efficacy: Refining the measure", *Entrepreneurship Theory and Practice*, 33, pp. 965-988.

- Ministerio de Educación (2009). *Avance de la estadística de estudiantes universitarios. Curso 2008/2009*. Recuperado el 18 de mayo de 2010, de <http://www.educacion.es/educacion/universidades/estadisticasinformes/estadisticas/alumnado.html>.
- Moriano, J.A.; Palací, F.J. y Morales, J.F. (2006). "Adaptation and validation of the entrepreneurial self-efficacy scale in Spain", *Revista de Psicología Social*, 21, pp. 51-64.
- Muñoz Adánez, A. (1997). "El perfil del emprendedor y el perfil del universitario español en relación con el mismo". En, A. Muñoz Adánez y F. Cachón (Eds.), *Proyecto Emprendizaje: Cuatro estudios sobre la Universidad española*. Madrid: Euroforum-Fundación General de la UCM.
- Muñoz Adánez, A. (1999). "¿Es emprendedor el universitario español?". En, A. Muñoz Adánez y M. Bautista (Eds.), *El espíritu emprendedor y la creación de empresas* (pp. 1-14). Madrid: Editorial Complutense.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2009a). *Education at a Glance*. París: Autor.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2009b). *International Migration Outlook*. París: Autor.
- Peterman, N.E. y Kennedy, J. (2003). "Enterprise education: Influencing students' perceptions of entrepreneurship", *Entrepreneurship Theory and Practice*, 28, pp. 129-144.
- Podsakoff, P.M.; Mackenzie, S.B.; Lee, J. y Podsakoff, N.P. (2003). "Common method biases in behavioral research: A critical review of the literature and recommended remedies", *The Journal of Applied Psychology*, 88, pp. 879-903.
- Reynolds, P.D.; Carter, N.M.; Gartner, W.B. y Greene, P. (2004). "The prevalence of nascent entrepreneurs in the United States: Evidence from the panel study of entrepreneurial dynamics", *Small Business Economics*, 23, pp. 263-284.
- Robinson, P.B.; Huefner, J.C. y Hunt, H.K. (1991). "Entrepreneurial research on student subjects does not generalize to real world entrepreneurs", *Journal of Small Business Management*, 29 (2), pp. 42-50.
- Schmitt-Rodermund, E. (2004). "Pathways to successful entrepreneurship: Parenting, personality, early entrepreneurial competence, and interests", *Journal of Vocational Behavior*, 65, pp. 498-518.
- Schwab, D.P. (1980). "Construct validity in organization capital perspective". En, B.M. Staw y L.L. Cummings (Eds.), *Research In Organizational Behavior* (Vol. 2, pp. 3-43). Greenwich, CT: JAI Press.
- Shapero, A. y Sokol, L. (1982). "The social dimensions of entrepreneurship". En, C. Kent, D. Sexton y K. Vesper (Eds), *The Encyclopedia of Entrepreneurship* (pp. 72-90). Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
- Soutaris, V.; Zerbinati, S. y Al-Laham, A. (2007). "Do entrepreneurship programmes raise entrepreneurial intention of science and engineering students? The effect of learning, inspiration and resources", *Journal of Business Venturing*, 22, pp. 566-591.

- Toledano, N. y Urbano, D. (2008). "Promoting entrepreneurial mindsets at universities: A case study in the South of Spain", *European Journal of International Management*, 2, pp. 382-399.
- Vázquez, J.L.; Georgiev, I.; Gutiérrez, P.; Lanero, A. y García, M.P. (2010). "Promoting regional development from University. Students' perception on entrepreneurship motivation and training programs", *The Trakia Journal of Sciences*, 12-13, pp. 1-7.
- Vázquez, J.L.; Gutiérrez, P.; Lanero, A. y García, M.P. (2009a). "El desarrollo del potencial empresarial de los estudiantes en las universidades públicas de la Comunidad Autónoma de Castilla y León", *Revista de Investigación Económica y Social de Castilla y León*, 12, pp. 19-170.
- Vázquez, J.L.; Naghiu, A.; Gutiérrez, P.; Lanero, A. y García, M.P. (2009b). "Entrepreneurship potential in the University: Intentions and attitudes towards new venture creation", *Bulletin UASVM Horticulture*, 66, pp. 507-512.
- Vázquez, J.L.; Naghiu, A.; Gutiérrez, P. y Placer, J.L. (2006). "University and entrepreneurship: Some results from the Spanish Legio experience 2002-06", *Buletinul USAMV-CN*, 63, pp. 1-6.
- Veciana, J.M.; Aponte, M. y Urbano, U. (2005). "University students' attitudes towards entrepreneurship: A two countries comparison", *International Entrepreneurship and Management Journal*, 1, pp. 165-182.
- Zhao, H.; Seibert, C. y Hills, C. (2005). "The mediating role of self-efficacy in the development of entrepreneurial intentions", *Journal of Applied Psychology*, 90, pp. 1265-1272.

INCENTIVOS A LA CREACIÓN DE EMPRESAS EN EL ÁMBITO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Agustín Guillermo Turiel Martínez

Inspector de Hacienda del Estado

fecha de recepción: 24/02/2011
fecha de aceptación: 17/03/2011

Resumen

El trabajo se centra en el estudio de la deducción en el IRPF de las cantidades depositadas en cuentas ahorro-empresa, deducción creada en la Ley 36/2.003, de 11 de noviembre, y que se ha mantenido hasta la fecha. Partiendo de la base de que se trata de uno de los pocos incentivos fiscales existentes para la creación de empresas y, en concreto, de pequeñas empresas, se analizan las razones que motivaron su creación, el impacto económico que han supuesto y, fundamentalmente, se estudia cómo se configura esta deducción: los requisitos a observar, los importes deducibles, los plazos y la forma de practicar la deducción y los efectos que supone el incumplimiento sobrevenido de estos requisitos.

Palabras clave: Incentivos fiscales al ahorro para la constitución de empresas; IRPF; Beneficios fiscales; Deduciones; Deduciones en cuota; Deduciones por inversión; Cuenta ahorro-empresa; Sociedad Limitada Nueva Empresa; Pérdida de derecho a deducir; Gestión de deducciones en el IRPF.

Abstract

The work focuses on the study of the deduction on the IRPF of the quantities deposited in accounts on saving-company, deduction created in the Law 36/2.003, of November 11, and that has been kept up to the date. Departing from the base of which it is a question as one of few fiscal existing incentives for the entrepreneurship and, in I make concrete, of small enterprises, there are analyzed the reasons that motivated his creation, the economic impact that they have supposed and, fundamentally, there is studied how this deduction is formed: the requirements to observing, the deductible amounts, the period and the way of practising the deduction and the effects that there supposes the breach struck of these requirements.

Keywords: Fiscal incentives to the saving for the constitution of companies; IRPF; Fiscal benefits; Deductions; Deductions in quota; Deductions for investment; It counts saving-company; Limited company New Company; Loss of right to deduce; Management of deductions in the IRPF.

1. Introducción

Cuando se habla de imposición directa y de empresa familiar inmediatamente los ojos se vuelven hacia el Impuesto sobre Sociedades, olvidándose de que, tan importante como esa figura impositiva, es el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Y lo es por dos razones: en primer lugar porque el I.R.P.F. debería ser el impuesto natural de la más pura esencia de la empresa familiar, el del empresario, persona física que, con su propio patrimonio y sin limitar su responsabilidad se lanza al proceloso mundo de la aventura de emprender; en segundo lugar porque, los beneficios repartidos por una empresa familiar de forma societaria no van a otro sitio que a los bolsillos de la familia, personas físicas cuya imposición directa no es otra que el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El I.R.P.F. sin embargo no permanece ajeno a esa realidad. Es conocedor de que grava diferentes rentas percibidas por las personas físicas (las "personas naturales" que diría nuestro Derecho Civil) y sabe que es tenido en cuenta a la hora de tomar las decisiones económicas de las familias y sus empresas familiares. Por eso es cuidadoso a la hora de tratar la categoría de renta procedente de actividades económicas, el caso más puro de empresa familiar: el empresario individual, pero también lo es en la tributación de las rentas de capital (los beneficios repartidos por estas sociedades en forma de dividendos y análogos), sin olvidar que en muchas de esas estructuras económicas la participación de los miembros de las familias se realiza no sólo mediante el trabajo real de esas personas (que siempre lo es) sino mediante el trabajo, jurídicamente considerado, es decir, mediante una relación laboral remunerada que, para el perceptor constituye renta sujeta al impuesto. Como se ve en estas líneas, todo el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas afecta de alguna manera a la vida de la empresa familiar y a las familias que las sustentan.

No es objeto de este trabajo tratar todas estas implicaciones pues la tarea sería demasiado ardua, casi inacabable. Simplemente, vamos a centrar, por unos momentos, nuestra atención en un pequeño aspecto de nuestro Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: el de los incentivos que el Impuesto ofrece a quién quiere alcanzar la condición de empresario, es decir, la ayuda fiscal que el I.R.P.F. ofrece a quién, mediante su ahorro presente, quiere plantar la semilla de lo que será, en el futuro, una empresa familiar, o, quién sabe, incluso una gran transnacional.

2. Algunos aspectos interesantes a tener en cuenta

Como cualquier hacendista sabe los impuestos sirven a dos propósitos: por un lado al de "recaudar", es decir a obtener los ingresos suficientes para poder sostener los gastos del sector público; pero, por otro lado, los impuestos son instrumentos, también, de política económica: sirven para intentar cambiar el comportamiento de los ciudadanos, en tanto agentes económicos: para incentivar el que lleven a cabo ciertas conductas y para disuadirlos de que lleven otras.

Desde las primeras normas que regularon el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se vio claro que la vocación del legislador se centraba más en alterar el comportamiento económico de sus contribuyentes en tanto que consumidores que en cuanto que productores: el incentivo "estrella" desde las primeras leyes del Impuesto ha sido la adquisición de la vivienda, un bien de consumo duradero, al que, más tarde se unió el incentivo de planificación de la jubilación (los planes de pensiones), decisión de ahorro previsional que tiene que ver con el mantenimiento del nivel de vida de los ciudadanos una vez que han sido retirados de la vida laboral.

Esto no quiere decir que los contribuyentes que obtienen rentas estuvieran carentes de incentivos para la obtención de estas rentas: estos incentivos estaban presentes, pero dentro de la propia mecánica de cuantificación de la renta obtenida: evidentemente existen y siempre existieron incentivos para el trabajo personal, para las rentas inmobiliarias y, cómo no, para las rentas procedentes de una actividad económica¹, pero en forma de exenciones, reducciones, minoraciones... en el cálculo de ese tipo de rentas y sólo excepcionalmente se escapaban de ese campo para alcanzar otros elementos del tributo².

No es hasta el año 2003 cuando el legislador, tímidamente, abre la puerta en la Ley 36/2003, a un tímido incentivo al emprendedor. Y decimos tímido incentivo por los siguientes dos motivos:

En primer lugar porque de la amplia batería de incentivos con los que podría animar esta conducta (exención o tributación reducida de las rentas obtenidas en los primeros años, deducciones por aportaciones...) opta únicamente por una, consistente en premiar el ahorro destinado a crear una futura empresa, con una forma jurídica muy determinada, de entre todas las posibles formas jurídicas que esa nueva empresa podría adoptar.

En segundo lugar porque el legislador no se descabeza a la hora de diseñar el incentivo fiscal: le basta con copiar el previsto para la cuenta vivienda, beneficio con el que comparte vecindad (e incluso convivencia) en el articulado de la Ley.

¹ Normalmente mediante una remisión genérica a los incentivos previstos en el Impuesto sobre Sociedades, que hoy se encuentra en los artículos 68.2 y 69.2 de nuestra Ley.

² Como sucede precisamente en el caso de actividades económicas donde, la propia remisión a los beneficios previstos en el Impuesto sobre Sociedades, supone reconocer deducciones en la cuota del I.R.P.F. a aquellos empresarios que realicen determinados gastos e inversiones.

Con este planteamiento no debe sorprendernos que, en la declaración del I.R.P.F. de 2.006 (un año excepcional en crecimiento económico) el número de contribuyentes que se acogieron a este beneficio fiscal³ ascendiera a 1.719⁴ sobre un total de 17.840.783 declarantes, un porcentaje insignificante, que todavía es menor si examinamos los datos de la declaración por este impuesto en 2.008⁵: 1.161 contribuyentes se acogieron a esta deducción sobre un total de 19.398.981 declarantes⁶.

3. Redacción legal

Como comentamos anteriormente este incentivo vio la luz por vez primera en la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica (B.O.E. de 12 de noviembre de 2003). En su exposición de motivos ya se advertía que entre las medidas dirigidas a impulsar la actividad y creación de pequeñas y medianas empresas, *“en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se crea la figura de la «cuenta ahorro-empresa», que se configura como una cuenta de ahorro de características muy similares a la actual cuenta ahorro-vivienda”*.

Se justificaba esta medida en el marco de las recomendaciones lanzadas por la Unión Europea, diciendo que este incentivo fiscal *“nace para facilitar la creación de empresas mediante el fomento del espíritu emprendedor, siguiendo así las recomendaciones efectuadas por la Comisión Europea en el Libro Verde de «El espíritu empresarial en Europa» con el fin de contribuir a estimular al ahorrador español, de modo que éste reoriente su esfuerzo inversor hacia la creación y desarrollo de nuevos negocios mediante incentivos fiscales que potencien este tipo de ahorro”*.

En el aspecto puramente normativo, lo que hacía esta Ley era introducir un nuevo apartado (el 6) al artículo 55 de la que entonces era la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en vigor, la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del siguiente tenor:

“6. Deducción por cuenta ahorro-empresa.

Los contribuyentes podrán aplicar una deducción por las cantidades que se depositen en entidades de crédito, en cuentas separadas de cualquier otro tipo de imposición, destinadas a la constitución de una sociedad nueva empresa regulada en el capítulo XII de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, con arreglo a los siguientes requisitos y circunstancias:

1º El saldo de la cuenta ahorro-empresa deberá destinarse a la suscripción como socio fundador de las participaciones de la sociedad nueva empresa.

³ Datos estadísticos publicados en la página web de la Agencia Tributaria: www.agenciatributaria.es.

⁴ Consignando una deducción (estatal y autonómica), en su conjunto de 1.887.133 euros, es decir, una media de 1.097,8 euros por contribuyente, superior, a la media de las deducciones por vivienda que ese año se situó en 921 euros.

⁵ Último periodo con información estadística a la fecha de elaboración de este trabajo.

⁶ Y lo hicieron por un importe de 1.169.727 euros, sumando la parte estatal y la autonómica, lo que supone una media de 1.007,5 euros. La deducción media por adquisición de vivienda ese año bajó hasta los 816 euros.

Por su parte, la sociedad nueva empresa, en el plazo máximo de un año desde su válida constitución, deberá destinar los fondos aportados por los socios que se hubieran acogido a la deducción a:

- a) La adquisición de inmovilizado material e inmaterial exclusivamente afecto a la actividad, en los términos previstos en el artículo 27 de esta Ley.*
- b) Gastos de constitución y de primer establecimiento.*
- c) Gastos de personal empleado con contrato laboral.*

En todo caso, la sociedad nueva empresa deberá contar, antes de la finalización del plazo indicado con, al menos, un local exclusivamente destinado a llevar la gestión de su actividad y una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.

Se entenderá que no se ha cumplido lo previsto en este apartado cuando la sociedad nueva empresa desarrolle las actividades que se hubieran ejercido anteriormente bajo otra titularidad.

2º La base máxima de esta deducción será de 9.000 euros anuales y estará constituida por las cantidades depositadas en cada período impositivo hasta la fecha de la suscripción de las participaciones de la sociedad nueva empresa.

3º El porcentaje de deducción aplicable sobre la base de deducción a que se refiere el apartado 2º anterior será del 15 por 100.

4º La sociedad nueva empresa deberá mantener durante al menos los dos años siguientes al inicio de la actividad:

- a) La actividad económica en que consista su objeto social, no pudiendo reunir en dicho plazo los requisitos para tener la consideración de sociedad patrimonial.*
- b) Al menos, un local exclusivamente destinado a llevar la gestión de su actividad y una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.*
- c) Los activos en los que se hubiera materializado el saldo de la cuenta aborro-empresa, que deberán permanecer en funcionamiento en el patrimonio afecto de la nueva empresa.*

5º Se perderá el derecho a la deducción:

- a) Cuando el contribuyente disponga de cantidades depositadas en la cuenta aborro-empresa para fines diferentes de la constitución de su primera sociedad nueva empresa. En caso de disposición parcial se entenderá que las cantidades dispuestas son las primeras depositadas.*
- b) Cuando transcurran cuatro años, a partir de la fecha en que fue abierta la cuenta, sin que se haya inscrito en el Registro Mercantil la sociedad nueva empresa.*
- c) Cuando se transmitan "inter vivos" las participaciones dentro del plazo previsto en el apartado 4º anterior.*
- d) Cuando la sociedad nueva empresa no cumpla las condiciones que determinan el derecho a esta deducción.*

6º Cuando, en períodos impositivos posteriores al de su aplicación, se pierda el derecho, en todo o en parte, a las deducciones practicadas, el contribuyente estará obligado a sumar a la cuota líquida estatal y a la cuota líquida autonómica o complementaria devengadas en el ejercicio en que se hayan incumplido los requisitos las cantidades indebidamente deducidas, más los intereses de demora a que se refiere el artículo 58.2.c) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria.

7º Cada contribuyente sólo podrá mantener una cuenta aborro-empresa y únicamente tendrá derecho a la deducción por la primera sociedad nueva empresa que constituya.

8º Las cuentas aborro-empresa deberán identificarse en los mismos términos que los establecidos para el caso de las cuentas vivienda?

Esta redacción permanece prácticamente inalterada hasta el momento presente. Hoy se encuadra en el artículo 68.6 de la Ley 35/2.006, de 28 de noviembre, del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas (B.O.E. de 29 de noviembre) con la siguiente redacción en la que se hacen constar en nota las modificaciones:

“6. Deducción por cuenta aborro-empresa.

Los contribuyentes podrán aplicar una deducción por las cantidades que se depositen en entidades de crédito, en cuentas separadas de cualquier otro tipo de imposición, destinadas a la constitución de una sociedad Nueva Empresa regulada en el capítulo XII de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, con arreglo a los siguientes requisitos y circunstancias:

1º El saldo de la cuenta aborro-empresa deberá destinarse a la suscripción como socio fundador de las participaciones de la sociedad Nueva Empresa.

Por su parte, la sociedad Nueva Empresa, en el plazo máximo de un año desde su válida constitución, deberá destinar los fondos aportados por los socios que se hubieran acogido a la deducción a:

- a) La adquisición de inmovilizado material e inmaterial exclusivamente afecto a la actividad, en los términos previstos en el artículo 29⁷ de esta Ley.*
- b) Gastos de constitución y de primer establecimiento.*
- c) Gastos de personal empleado con contrato laboral.*

En todo caso, la sociedad Nueva Empresa deberá contar, antes de la finalización del plazo indicado con, al menos, un local exclusivamente destinado a llevar la gestión de su actividad y una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.

Se entenderá que no se ha cumplido lo previsto en este apartado cuando la sociedad Nueva Empresa desarrolle las actividades que se hubieran ejercido anteriormente bajo otra titularidad.

2º La base máxima de esta deducción será de 9.000 euros anuales y estará constituida por las cantidades depositadas en cada período impositivo hasta la fecha de la suscripción de las participaciones de la sociedad Nueva Empresa.

3º El porcentaje de deducción aplicable sobre la base de deducción a que se refiere el apartado 2º anterior será del 15 por 100.

4º La sociedad Nueva Empresa deberá mantener durante al menos los dos años siguientes al inicio de la actividad:

- a) La actividad económica en que consista su objeto social, no pudiendo cumplir la sociedad Nueva Empresa en dicho plazo los requisitos previstos en el cuarto párrafo del apartado 1 del artículo 116 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades⁸.*

⁷ Cambia para concordar con la propia Ley.

⁸ Desaparece la mención a sociedad patrimonial, cuyo concepto ya no está en vigor y se sustituye, con el mismo espíritu, por la mención al tipo de sociedad previsto en el 116.1 del TRLIS.

b) Al menos, un local exclusivamente destinado a llevar la gestión de su actividad y una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.

c) Los activos en los que se hubiera materializado el saldo de la cuenta aborro-empresa, que deberán permanecer en funcionamiento en el patrimonio afecto de la nueva empresa.

5º Se perderá el derecho a la deducción:

a) Cuando el contribuyente disponga de cantidades depositadas en la cuenta aborro-empresa para fines diferentes de la constitución de su primera sociedad Nueva Empresa. En caso de disposición parcial se entenderá que las cantidades dispuestas son las primeras depositadas.

b) Cuando transcurran cuatro años, a partir de la fecha en que fue abierta la cuenta, sin que se haya inscrito en el Registro Mercantil la sociedad Nueva Empresa.

c) Cuando se transmitan «inter vivos» las participaciones dentro del plazo previsto en el apartado 4º anterior.

d) Cuando la sociedad Nueva Empresa no cumpla las condiciones que determinan el derecho a esta deducción.

6º Cuando, en períodos impositivos posteriores al de su aplicación, se pierda el derecho, en todo o en parte, a las deducciones practicadas, el contribuyente estará obligado a sumar a la cuota líquida estatal y a la cuota líquida autonómica devengadas en el ejercicio en que se hayan incumplido los requisitos las cantidades indebidamente deducidas, más los intereses de demora a que se refiere el artículo 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria⁹.

7º Cada contribuyente sólo podrá mantener una cuenta aborro-empresa y únicamente tendrá derecho a la deducción por la primera sociedad Nueva Empresa que constituya.

8º Las cuentas aborro-empresa deberán identificarse en los mismos términos que los establecidos para el caso de las cuentas vivienda⁹.

Como enseguida se aprecia las modificaciones habidas se deben a la necesidad de concordar la norma consigo misma con la nueva Ley General Tributaria y con la supresión del régimen especial de sociedades patrimoniales. Curiosamente al legislador se le han pasado por alto dos aspectos:

Por un lado adaptar el texto a las denominaciones de los activos del Nuevo Plan General de Contabilidad y ajustar la referencia a la sociedad nueva empresa a la norma que en la actualidad la regula, que es el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante TRLS), en concreto, en su Título XII.

Por el otro, quizá conscientemente, esta deducción se libra de los recortes sufridos por otras deducciones, y en concreto la relativa a aportación de cantidades en cuentas viviendas, para los períodos impositivos de 2011 y siguientes.

⁹ Se menciona la nueva Ley General Tributaria.

4. Análisis de la deducción

Examinada la redacción legal podemos realizar, a efectos metodológicos, un análisis separado de los requisitos para disfrutar de la deducción y del mecanismo establecido para la aplicación del beneficio.

4.1. Requisitos

La deducción está condicionada a la realización, por parte del contribuyente, de dos conductas: una en el periodo impositivo en el que pretende la deducción y otra en el futuro. Esta segunda actúa como una condición que el contribuyente deberá asumir si quiere que, finalmente, la deducción tenga lugar. Todas estas conductas se circunscriben a un marco temporal concreto. Tres serán, por lo tanto, los requisitos a considerar: el de la conducta en el momento de deducir, el de la conducta a cumplir en el futuro y la del tiempo en el que debe realizar la una y la otra. Vayamos por partes:

4.1.1. Conducta en el momento de pretender la deducción

De acuerdo con el texto legal, el contribuyente debe, en primer lugar, depositar unas cantidades en cuentas abiertas en una entidad de crédito, separadas de cualquier otro tipo de imposición y destinadas a la constitución de una sociedad Nueva Empresa. Tomando como base los requisitos que se exigen a las cuentas vivienda, la Administración Tributaria asume los siguientes criterios:

- Las cuentas ahorro-empresa deberán identificarse separadamente en la declaración del impuesto consignando, al menos, los siguientes datos: entidad donde se ha abierto la cuenta, sucursal y número de la cuenta.
- Cada contribuyente sólo podrá mantener una cuenta ahorro empresa y únicamente tendrá derecho a deducción por la primera sociedad nueva empresa que constituya.

A partir de aquí pueden ser válidos el resto de criterios administrativos aplicables a las cuentas vivienda, en las que la norma parece inspirarse, no tanto por una interpretación analógica¹⁰ de los mismos, como por el hecho de que los razonamientos realizados por el mismo órgano interpretativo probablemente sean los mismos. En concreto, estos criterios administrativos son los siguientes:

- En primer lugar es obvio indicar que sin depósito en cuenta no hay deducción, aunque se funde una Sociedad Nueva Empresa y se desembolse el capital correspondiente, pues el objeto de la deducción no es la constitución de este tipo de sociedades, sino favorecer el ahorro previo para su constitución siempre que se materialice de una determinada forma, mediante depósito en la cuenta ahorro-empresa tal y como está definida en la Ley. Por eso mismo tampoco procede la deducción de cantidad alguna por la simple constitución de una sociedad de este tipo y el desembolso del capital, aun

¹⁰ El artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria establece que “no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales”.

cuando ese desembolso corresponda a ahorro del ejercicio, siempre que no se haya materializado, previamente, en una cuenta ahorro-empresa con los requisitos que marca la norma¹¹.

- La simple transferencia de los fondos de una cuenta a otra del mismo tipo no supone una utilización de los saldos depositados en la citada cuenta para otros fines distintos de los previstos en la norma, por lo que no se perdería el derecho a las deducciones practicadas. No obstante, la nueva cuenta mantendría la antigüedad que tenía la cuenta de donde procedían los saldos. Por eso mismo es válido utilizar un depósito renovable, contándose el plazo para su disposición desde la formalización del depósito inicial. Por esa misma razón, igualmente, valdría un depósito a plazo en el que las aportaciones realizadas en distintas fechas se documentan como imposiciones distintas en diferentes documentos escritos pero con el mismo número de cuenta, siendo necesaria, además, una cuenta compensadora donde se ingresan los intereses y a la que se traspasa el saldo del depósito a plazo, realizando desde esta los pagos pertinentes.
- Ha de tratarse de un depósito en una entidad de crédito. Ello no implica que deba tener una denominación específica o que en el contrato se indique su destino. El depósito puede efectuarse en una entidad que opere desde un país extranjero y comercialice sus productos en España a través de Internet.
- La cuenta con su saldo ha de permanecer en un depósito separado de cualquier otro tipo de imposición, permitiendo conocer sus movimientos y saldo en cualquier momento.
- No pueden retirarse fondos, aunque sea reposición posterior, para fines distintos de los que la justifican, aunque se trate de una disposición puntual de una parte del saldo y sea inmediatamente seguida de su reposición: en ese sentido entendemos que las cantidades una vez que se depositan en la cuenta ahorro-empresa, son “intocables”, como no sea para el fin previsto en la norma. Esto es, se exige destino exclusivo, en el sentido de que las cantidades aportadas no pueden destinarse, temporalmente y en tanto se materializan en la constitución de la Sociedad Nueva Empresa, a efectuar inversiones en cualquier otro tipo de activo que comporte titularidad, aunque sea parcial, del contribuyente sino que han de permanecer en la cuenta con un único destino final, el previsto en la norma. Por esta razón no son aptas aquellas cuentas a través de las cuales las entidades de crédito reciben fondos del público (o utilizan los previamente depositados en otro tipo de cuenta) para invertirlos, por cuenta de sus clientes, en cualquier clase de activos. Entre estas, las denominadas cuentas financieras que invierten en Deuda del Estado (Letras, obligaciones o bonos) o en otros activos, ya que se consideran que incumplen el requisito de destino exclusivo a adquisición de vivienda.
- No son aptas las cuentas de valores, aquellas cuyo saldo se invierte en la suscripción de participaciones en fondos de inversión, con independencia de su denominación, cualquiera que estuviera asociada a Instituciones de Inversión Colectiva en las que el saldo se invierte en estas fórmulas de inversión y, en general, cualquier instrumento mixto consistente en una cuenta de depósito asociada a contratos de inversión en activos.

¹¹ Dirección General de Tributos. Consulta vinculante V1371-10 de 18 de junio de 2010.

- Tampoco sirven los Seguros de ahorro, pues éstos no pueden considerarse depósitos en entidades de crédito.
- En el caso de matrimonio cada uno de los cónyuges puede abrir una cuenta ahorro-empresa, pero, si el régimen económico matrimonial es el de gananciales, serán de aplicación las normas sobre titularidad jurídica de los bienes y derechos contenidos en las disposiciones reguladoras de este régimen, con efectos en la cuantía deducible que veremos más adelante.
- También parece posible que varios contribuyentes aporten cantidades a una única cuenta ahorro-empresa, pudiendo deducir por la cantidad aportada por cada uno de ellos, siempre que, como luego veremos, se cumplan el resto de requisitos.

4.1.2. Conducta futura

La norma, para pretender la deducción, exige que las cantidades depositadas se destinen a un fin muy concreto: a la suscripción como socio fundador de las participaciones de la sociedad nueva empresa y que esas participaciones se mantengan durante un tiempo.

Pero, además, la norma exige que esa sociedad se comporte de una determinada manera, es decir que, para el disfrute de la deducción, se exige no sólo el cumplimiento de unos requisitos en un contribuyente (el que pretende la deducción), sino también en otro contribuyente, que, cuenta con personalidad jurídica y autonomía en el ámbito de decisiones. Esto, siendo peculiar en nuestro Derecho Tributario, no puede decirse que sea novedoso, pues se utiliza en otras deducciones, como en la de adquisición de vivienda en construcción en la que el beneficio fiscal se supedita a la conducta del constructor que debe terminar y entregar la vivienda en unos determinados plazos, so pena de que el contribuyente que pretende la deducción, distinto del constructor, pierda el derecho a la misma.

Los requisitos que el legislador exige a la sociedad fundada a partir de los saldos (aunque no exclusivamente con ellos) depositados en la cuenta ahorro vivienda son de dos tipos:

- Por un lado hay requisitos respecto del destino de los fondos,
- Pero también hay requisitos respecto del comportamiento futuro de esta sociedad, requisitos exigidos por la normativa tributaria y que van más allá de los que la propia Ley de Sociedades de Capital impone, que también deben observarse.

En resumen, en el campo de las condiciones futuras que la deducción impone a quién se quiera beneficiar de ella, nos encontramos con condiciones impuestas al contribuyente y nos encontramos con condiciones impuestas a la sociedad Nueva empresa: estas condiciones son además impuestas por la propia normativa mercantil y por la normativa tributaria. Analicemos cada una de ellas:

4.1.2.1. Condiciones que debe cumplir la persona física que pretende la deducción

Aparte de las ya indicadas respecto del momento de la imposición de las cantidades en la cuenta, el contribuyente debe cumplir otras dos condiciones:

- Por un lado, destinar el saldo de esa cuenta a la suscripción, como socio fundador, de las participaciones de la sociedad nueva empresa. Esta condición, como en seguida se ve, supone, por un lado la transformación de los saldos en participaciones, en participaciones de una entidad de un determinado tipo (sociedad nueva empresa), pero también, la condición de socio fundador del suscriptor presupone que la sociedad nueva empresa debe crearse en ese momento, sin que sea válido, a efectos de deducción, la adquisición de participaciones de una sociedad nueva empresa ya existente. Así parece desprenderse de los términos “socio fundador” y “suscripción”.

Nada se dice respecto de que las participaciones de la sociedad nueva empresa así creada pertenezcan a un solo suscriptor (el aportante de los saldos de la cuenta ahorro-empresa), con lo que podrán existir casos en los que la sociedad nueva empresa sea fundada por una única persona, (será entonces además una sociedad unipersonal) y habrá otros casos en los que los socios fundadores sean varios, siempre que, en ambos casos se cumpla lo previsto en los artículos 437 y 438 del TRLSC: que todos los socios sean personas físicas, que en el momento de la constitución no superen el número de cinco y que, si la sociedad es unipersonal, el socio no sea, a su vez, socio único de otra Sociedad Nueva Empresa.

El apartado 7º del artículo 68.6 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas introduce otro condicionante que puede pasar desapercibido: la Sociedad Nueva Empresa que se constituye debe ser la primera sociedad Nueva Empresa que este contribuyente funda. Esta norma, que es un calco de lo que se establece para la cuenta vivienda al hablar de “primera vivienda habitual”, supone que un contribuyente no va a poder utilizar el mecanismo de deducción de forma recurrente en el tiempo, fundando una sociedad y deduciendo para crear la siguiente, pero además implica que si, por la razón que fuere, el contribuyente ya hubiera participado en la fundación de otra Sociedad Nueva Empresa, no tendría derecho a esta deducción, aunque la anterior sociedad no le hubiera conferido el derecho a deducción porque, por ejemplo, no hubiera constituido una cuenta ahorro-empresa con carácter previo, o por insuficiencia de cuota. La deducción está pensada para que un contribuyente, en toda su vida, no pueda aplicar esta deducción más que una sola vez (aunque sea en sucesivos años, como luego veremos) y, en ciertos casos, ni siquiera esa única vez.

- Pero, además debe mantener estas participaciones en su patrimonio sin transmitir las a título oneroso durante al menos dos años desde el inicio de la actividad de la sociedad. Conviene llamar la atención sobre dos aspectos de este requisito:
 - En primer lugar se impide, si se quiere conservar el beneficio fiscal, la transmisión onerosa de las participaciones, pero nada se dice de la transmisión a título lucrativo, tanto “inter vivos” como “mortis causa”, lo que supone que el contribuyente fundador de la sociedad, puede transmitir, cuando quiera, todos o parte de los títulos, a quién quiera, mediante una donación, sin perder el derecho a las deducciones practicadas. También puede suceder que fallezca el contribuyente y esas participaciones pasen, mediante herencia, a otras personas, y, en este supuesto tampoco se pierde el derecho a la deducción practicada, supuesto éste que, a mi entender, era al que se debería haber limitado la norma. Cuestión distinta es, como

veremos después, que el fallecimiento se produzca antes de haber constituido la sociedad, en cuyo caso, la deducción no es procedente. La Ley mercantil, por su parte (artículo 444.2 TRLSC) advierte que “la transmisión voluntaria por actos inter vivos de participaciones sociales sólo podrá hacerse a favor de personas físicas”, por lo que, salvo en el último caso presentado, en los demás una persona física deberá ser la destinataria de las participaciones, aunque la propia Ley establece las consecuencias de este incumplimiento: la persona jurídica adquirente deberá en el plazo de tres meses de enajenar esas participaciones a favor de personas físicas y, de no hacerlo, la nueva empresa quedará sometida al régimen general de las sociedades de responsabilidad limitada, sin perjuicio de las responsabilidades en que hayan podido incurrir los administradores.

- En segundo lugar, respecto del “dies a quo” del plazo de mantenimiento hay que advertir que se corresponde con inicio de actividad de la sociedad y no con la constitución de la misma, con lo que bien podríamos encontrarnos con un plazo de mantenimiento muy superior a los dos años si la sociedad tarda en iniciar su actividad. La Ley mercantil no establece ninguna mención sobre cuándo debe iniciar su actividad la Sociedad Nueva Empresa.

4.1.2.2. Condiciones que debe cumplir la sociedad en cuyas participaciones se materializan los saldos de la cuenta ahorro-empresa

Requisitos previstos en la Legislación Mercantil

La primera de las condiciones y la más obvia nos dice que la entidad que se constituye debe revestir la forma jurídica de Sociedad Nueva Empresa. La norma tributaria, como no podía ser de otra manera, se remite a la normativa mercantil, actualmente el Título XII del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, ya citado anteriormente, para ver qué se entiende por Sociedad Nueva Empresa y al cumplimiento de qué requisitos está sometida. Para ello en primer lugar, debemos repasar la norma mercantil para extraer las siguientes conclusiones:

- La Sociedad Nueva Empresa es una especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada (art.434 TRLSC).
- Este tipo de sociedades tienen limitaciones tanto en el objeto social, en la condición de sus socios, en el importe del capital social y en su forma de desembolso, así como en su denominación social:
 - Por lo que se refiere al objeto social, puede consistir en todas o algunas de las siguientes actividades: agrícola, ganadera, forestal, pesquera, industrial, de construcción, comercial, turística, de transportes, de comunicaciones, de intermediación, de profesionales o de servicios en general (art 436 TRLSC). Además, los socios fundadores pueden incluir cualquier actividad singular distinta de las anteriores, siempre que cuente con la aprobación del Registrador Mercantil; pero lo que no se admiten son actividades que requieran forma de sociedad anónima ni aquéllas cuyo ejercicio implique objeto único y exclusivo.
 - Respecto de la condición de los socios, éstos deben ser en su totalidad personas físicas y no superar el número de cinco (art.437 TRLSC). Sin embargo estos requisitos

subjetivos se pueden alterar una vez constituida la sociedad: como hemos visto, transitoriamente pueden ser socios las personas jurídicas, y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 444.1 TRLSC, como consecuencia de la transmisión de participaciones sociales, es posible superar el número de cinco socios, incluso de forma permanente sin que ello tenga consecuencias respecto de la sociedad. Asimismo la Sociedad Nueva Empresa puede ser, o acabar siendo, una sociedad unipersonal, siempre que el socio única no sea, además, socio único también de otra Sociedad Nueva Empresa, pero nada obsta a que este único socio fuera socio único de otra sociedad de otro tipo.

- Por lo que se refiere al volumen de capital social y a la forma de desembolso, el artículo 443 TRLSC fija una horquilla según la cual una Sociedad Nueva Empresa no puede tener un capital inferior a 3.012 euros ni superior a 120.202 euros. Este capital social no puede ser desembolsado más que mediante aportaciones dinerarias.
- Finalmente, por lo que hace a la denominación social, es obligatorio que en ella conste la indicación "Sociedad Limitada Nueva Empresa" o sus siglas "SLNE", pero también los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores seguido de un código que permita la identificación de la sociedad (art.435 TRLSC).

Evidentemente, el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos determinará la calificación negativa del Registrador Mercantil, y, en última instancia, la no inscripción de la sociedad, o su inscripción como sociedad limitada en régimen general. En ambos casos no se habrá cumplido el requisito para disfrutar de la deducción por lo que el contribuyente habrá perdido el derecho a la misma, salvo que, siempre que el marco temporal lo permita, pueda todavía constituir otra sociedad calificada mercantilmente como Sociedad Nueva Empresa.

Requisitos previstos en la Legislación Tributaria

El resto de condiciones impuestas, recordemos, a la propia Sociedad Nueva Empresa y no al contribuyente persona física que pretende la deducción, son de orden tributario y aparecen mencionadas en el artículo 68 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Estos requisitos se pueden dividir en dos categorías: requisitos de constitución y requisitos de mantenimiento, requisitos ambos que no son indefinidos en el tiempo, sino limitados a un plazo de tiempo:

Requisitos de constitución

La Ley impone que las cantidades que se incorporan al activo de la sociedad como resultado de su constitución¹² se apliquen a determinados fines, que se apliquen en un determinado plazo y que la sociedad cuente con una determinada estructura al final de ese plazo:

¹² Recordemos que la única forma de desembolso permitida para estas sociedades es la aportación dineraria.

Por lo que respecta a en qué deben aplicarse las cantidades aportadas en la constitución y que dieron derecho a deducción en el socio, la norma señala que la sociedad deberá necesariamente destinarlos a:

- La adquisición de inmovilizado material e inmaterial exclusivamente afecto a la actividad, mención que debe entenderse, en la actualidad al activo no corriente, inmovilizado material o intangible sin alcanzar, a nuestro juicio, a las inversiones inmobiliarias, en los términos que se indican en el artículo 29 de la propia Ley. Este artículo realiza un escandallo de los elementos patrimoniales que a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se consideran o no afectos, relación que, a nuestro juicio, debe primar sobre las normas contables, de forma que sólo se estimará correcto el destino de los fondos a los elementos descritos a continuación que, además, sean inmovilizado en la sociedad. Este artículo nos dice lo siguiente:

- Están afectos en todo caso los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad del contribuyente.
- También están afectos los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad, pero no lo estarán los bienes de esparcimiento y recreo, ni en general, los de uso particular del titular de la actividad económica.
- Están afectos, igualmente, los elementos patrimoniales necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos.
- Nunca estarán afectos los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad, ni la cesión de capitales a terceros.

Esta afectación puede ser total o parcial si los bienes no se utilizan enteramente en la actividad económica. En estos casos sólo se entenderá afecta, y por lo tanto sólo computará a efectos del requisito de aplicación de fondos, la parte de los bienes que realmente se utilice en la actividad de que se trate.

- Gastos de constitución y de primer establecimiento, que recordemos, con el Nuevo Plan General de Contabilidad, son gastos del ejercicio y no pueden ser activados. Sin embargo la situación cuando el legislador redactó la norma era precisamente la contraria¹³, aunque, en nuestra opinión, esta circunstancia es irrelevante, pues seguramente que lo que se quiere es que la sociedad destine estos fondos a las necesidades que la sociedad tiene en el momento de empezar su actividad.

- Gastos de personal empleado con contrato laboral: no se exige, en virtud de este apartado, ninguna condición respecto de la jornada, que podrá ser parcial completa, sin perjuicio de las limitaciones que, para cierto tipo de sociedades, veremos más adelante.

Respecto del plazo para realizar la aplicación de la totalidad del saldo que dio derecho a deducción, la Ley indica que es de un año, sin que el inicio del cómputo de ese plazo

¹³ Eran gastos amortizables, a lo largo de varios periodos, con lo que tenían una cierta vocación de permanencia en el activo de las empresas.

pueda ser distinto del de la constitución de la sociedad, pues entendemos que el capital debe ser íntegramente desembolsado en ese momento.

La estructura con la que la sociedad debe contar al final de ese plazo, y con independencia del destino que haya dado a los fondos conforme indicamos más arriba, la sociedad Nueva Empresa como tal deberá contar, antes de la finalización de ese plazo del año con, al menos, un local exclusivamente destinado a llevar la gestión de su actividad y una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa. El concepto de local y empleado descrito en estos términos, local para la gestión de la actividad y empleado con contrato laboral y con jornada completa es habitualmente utilizado en nuestro ordenamiento como requisito necesario, aunque tal vez no suficiente, para considerar la actividad desarrollada como actividad económica. Respecto a cada uno de estos elementos, en concreto, la doctrina administrativa indica que:

- En el caso del local¹⁴, es decir del requisito consistente en disponer de “local exclusivamente destinado a llevar la gestión de su actividad”:

- La exclusividad “se refiere al destino del local, e implica que el local en el que se lleve a cabo la gestión de la actividad debe estar afecto a la misma y no ser utilizado para fines particulares”.
- Es indiferente el título posesorio en virtud del cual se utilice el local (propiedad, arrendamiento, precario...).
- En el caso de afectación parcial del local, es decir, cuando sólo una parte esté destinada en exclusiva al desarrollo de la actividad, es posible siempre que concurren dos requisitos: por un lado que la parte utilizada sea materialmente identificable y, por el otro, que resulte susceptible de un aprovechamiento separado e independiente del resto del local, para lo cual deberá contar con acceso independiente, tabiques de separación... Además, si el local está compartido con terceras personas hay que valorar si los pactos existentes permiten ese uso exclusivo de una parte identificable del local.

- Y por lo que respecta al empleado¹⁵, es decir del requisito consistente en contar con “persona empleada con contrato laboral y a jornada completa”:

- El contrato de trabajo debe ser calificado como laboral por la normativa laboral vigente.
- Debe tratarse de un contrato a jornada completa.
- Es irrelevante el régimen de adscripción a la Seguridad Social, que, por otro lado, suele ser hostil al reconocimiento del régimen de trabajadores por cuenta ajena en los casos de socios trabajadores de sociedades personalísimas.
- El trabajador debe prestar servicios relacionados con la gestión de la actividad de la sociedad Nueva Empresa.

¹⁴ Dirección General de Tributos. Consulta Vinculante V0242-05 de 18 de febrero de 2005.

¹⁵ Dirección General de Tributos. Consulta vinculante V0743-09 de 8 de abril de 2009.

Finalmente, la norma prevé la cautela de evitar que la actividad que realice la Sociedad Nueva Empresa no sea, realmente, una actividad nueva, es decir, que las actividades desarrolladas por la sociedad ya se hubieran ejercido anteriormente bajo otra titularidad. Existe abundante doctrina administrativa sobre casos en los que no estamos ante una nueva actividad sino ante la prolongación de una anterior, especialmente en el campo de los beneficios fiscales establecidos a los contribuyentes en régimen de estimación objetiva. Esta doctrina puede, a nuestro entender, ser extrapolada (y, si no es así sin duda será reiterada por el órgano consultivo) al caso que nos ocupa. Específicamente, para el caso de la actividad de la Sociedad Nueva Empresa, la Dirección General de Tributos¹⁶ entiende:

- El ejercicio de la actividad bajo cualquier otra titularidad incluye tanto al propio contribuyente como a comunidades de bienes o personas jurídicas.
- Que no existe límite temporal mediante el cual una actividad ejercida anteriormente y dejada de realizar, se convierte en nueva actividad, por lo que ninguna actividad que haya sido ejercida con anterioridad puede considerarse que no se ha ejercido nunca, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde que cesó.
- Que, en definitiva, la cuestión de si se ha ejercido o no con anterioridad con la misma o distinta titularidad es una cuestión de prueba que deberá acreditar el contribuyente, que es el que pretende el derecho, por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho siendo a la Administración Tributaria a quién corresponde la valoración de las pruebas aportadas.

Requisitos de mantenimiento

La sociedad Nueva Empresa, además debe mantener un comportamiento y unos activos durante un plazo de tiempo, si el socio fundador no quiere perder el derecho a deducción acreditado en su día en su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Estos requisitos son los tres siguientes:

- La Sociedad Nueva Empresa debe mantener la actividad económica en que consista su objeto social, sin que resulte que¹⁷, durante más de 90 días del periodo impositivo se cumpla cualquiera de estas circunstancias:

¹⁶ Consulta no vinculante 0868-04 de 31 de marzo de 2004.

¹⁷ Recordemos que, en su redacción inicial se decía: “no pudiendo reunir en dicho plazo los requisitos para tener la consideración de sociedad patrimonial”, una vez desaparecido este régimen especial de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, la redacción legal pasó a ser la imposibilidad de cumplir “los requisitos previstos en el cuarto párrafo del apartado 1 del artículo 116 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”. Ese artículo se refiere a las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros, cuyo régimen especial también está en el aire, y se remite a él porque aquí se describe un tipo de sociedades muy similares a las antiguas sociedades patrimoniales. Pero, a su vez, para describirlas, este artículo remite a La Ley del Impuesto Sobre el Patrimonio (Ley 19/1991, de 6 de junio) lo que hace tremendamente arduo llegar a definir los requisitos de en qué sociedades no se quiere que se conviertan las Sociedades Nueva Empresa, aunque, intuitivamente, con la configuración de las antiguas sociedades patrimoniales en la cabeza, todos sepamos a que nos referimos.

- Más de la mitad de su activo esté constituido por valores o, simplemente, no esté afecto a actividades económicas¹⁸.
- Más del 50 por ciento del capital social pertenezca, directa o indirectamente, a 10 o menos socios o a un grupo familiar, entendiéndose por grupo familiar al cónyuge, a las demás personas unidas por un vínculo de parentesco, directo, colateral, consanguíneo o afín hasta el cuarto grado inclusive¹⁹.

Enseguida se aprecia que de los dos requisitos el que realmente va a jugar en el sentido de ganar o perder la deducción pretendida es el primero, toda vez que lo normal es que la Sociedad Nueva Empresa tenga 10 o menos socios²⁰, por lo que, en última instancia todo girará en torno a la proporción del activo que no se encuentre afecto a la actividad económica de la entidad: si resulta ser más del 50%²¹ y esta circunstancia se produce dentro del plazo que a continuación indicaremos, el derecho a la deducción se habrá perdido; si no es así, la deducción será correcta.

- La Sociedad Nueva Empresa habrá de conservar durante el plazo que se indica más abajo, al menos, un local exclusivamente destinado a llevar la gestión de su actividad y una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa.
- Finalmente, los activos en los que se hubiera materializado el saldo de la cuenta ahorro-empresa, deberán permanecer en funcionamiento en el patrimonio afecto de la nueva empresa.

El plazo de mantenimiento de estos tres elementos (actividad económica, local y empleado y activos) es el de los dos años siguientes al inicio de la actividad, recordando que, en determinadas circunstancias, este inicio de la actividad podría postergarse significativamente respecto del momento de la constitución de la sociedad.

4.2. Procedimiento para la deducción

En primer lugar hay que indicar que la deducción por cuenta ahorro-empresa prevista en el artículo 68.6 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es una deducción en la cuota, lo que implica:

¹⁸ Requisito exigido en el artículo 4.8.dos.a) de la Ley del Impuesto sobre Patrimonio, que también establece qué elementos forman parte y cuáles no, así como las reglas de cálculo de porcentajes para determinar si estamos ante una sociedad con actividad económica o de simple gestión de patrimonios.

¹⁹ Requisito exigido en el artículo 116.1 cuarto párrafo de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

²⁰ Recordemos que, en el momento fundacional, según la Ley Mercantil, no puede tener más de cinco, aunque, posteriormente este número puede ser más elevado.

²¹ Las normas para calcular ese porcentaje se encuentran también en el artículo 4.8.dos de la Ley del Impuesto sobre Patrimonio.

- Que ante la insuficiencia de cuotas con las que aplicar la deducción, el exceso al que se podría tener derecho se pierde, sin posibilidad de traslado a ejercicios futuros, pues la norma no prevé su traslado a ejercicios futuros²².
- Pero que, sin embargo, escapa de los límites a los que están constreñidas las deducciones por actividades económicas previstas en el artículo 68.2 y limitadas en el 69.2. No existen, por lo tanto, más límites que los establecidos específicamente para la deducción y el previsto en el artículo 70 de la Ley que concretamente habla tanto de la deducción por inversión en vivienda como de la deducción por cuenta ahorro-empresa y que exige que el patrimonio del contribuyente, al final del ejercicio, se haya incrementado en, al menos el importe de las inversiones realizadas, que es tanto como decir que dichas inversiones (las de vivienda y las cantidades depositadas en la cuenta ahorro-empresa) se hayan realizado, en términos económicos, con cargo al ahorro que el contribuyente haya realizado en el ejercicio.

A continuación hay que tener en cuenta el mecanismo de deducción previsto en la norma. Siguiendo una disección comúnmente admitida a la hora de estudiar este tipo de deducciones, podemos decir que los elementos a analizar son: la base de la deducción, el importe deducible, las causas de la pérdida del derecho y la gestión de todo el proceso (de deducción y de posible pérdida de la misma). Veámoslos con detalle:

4.2.1. La base de la deducción

Está constituida por el importe de las cantidades depositadas en la cuenta ahorro-empresa en cada periodo impositivo hasta la suscripción de las participaciones, con el límite de 9.000 euros anuales. Esto supone:

- En primer lugar que la base máxima no supone que esa sea la cantidad que el contribuyente debe depositar en la cuenta ahorro-empresa. Obviamente el contribuyente puede depositar una cantidad menor o mayor: si es menor, esa será la base de su deducción y si es mayor, operará el límite de los 9.000 euros. En este último caso surgen los problemas de qué cantidades se entienden, posteriormente aplicadas a la finalidad de la deducción (la constitución de la Sociedad Nueva Empresa) o las dispuestas para otras finalidades y los efectos que esto tiene sobre la consolidación o pérdida de la deducción, extremos estos solucionados por la doctrina administrativa.
- En segundo lugar hay que indicar que, siguiendo lo previsto en el artículo 84 de la Ley, en el caso de tributación conjunta, el límite no se multiplica por el número de miembros de la unidad familiar, lo que supone que, sea cual sea la modalidad de tributación el límite "por declaración" será siempre de 9.000 euros.
- Mucho o poco la cuenta ahorro-empresa producirá unos intereses que, por la parte que materialmente se incorporan al saldo de la cuenta²³, también podrán formar parte de la base de deducción.

²² Como sí se hace, por ejemplo, con la reciente deducción por obras de mejora en la vivienda habitual, prevista en la Disposición adicional Vigésimo novena de la Ley.

²³ Es decir, descontando la retención.

- Respecto de las cuentas con varios titulares²⁴ entendemos:

- Con carácter general cada uno de ellos tendrá derecho a la correspondiente deducción en su declaración del impuesto por las aportaciones realizadas, siempre que sea posible identificar por cualquier medio de prueba admisible en derecho las cantidades que cada titular ha podido aportar a la cuenta ahorro-empresa.
- Si no se pudieran distinguir tales aportaciones, la deducción correspondería en proporción al porcentaje de titularidad, siempre y cuando cumpliesen el resto de requisitos exigidos por la normativa.
- En el caso de que los titulares sean un matrimonio, hay que distinguir:
 - Que se trate de un matrimonio en sociedad de gananciales: en este caso serán de aplicación las normas sobre titularidad jurídica de los bienes y derechos contenidos en las disposiciones reguladoras de este régimen, por lo que cada uno podrá deducir la mitad de las aportaciones realizadas en cada una de las cuentas ahorro-empresa, en el ejercicio, que, recordemos, pueden ser dos, pues cada cónyuge puede tener una cuenta abierta y ser el titular exclusivo (o con otros) de la misma.
 - Que se trate de un matrimonio en régimen de separación de bienes²⁵: en este caso la aplicación de la deducción por cuenta vivienda corresponderá al titular de las cantidades depositadas, con, de nuevo, las siguientes dos posibilidades:
 - Si los contribuyentes mantienen cada uno de ellos una cuenta, al ser el régimen económico de separación de bienes, siempre que las cantidades depositadas en cada cuenta sean de titularidad del cónyuge que las aporta, podrá aplicarse la deducción en la cuota cada uno según las cantidades por él aportadas. Es decir que sólo deducen las cantidades aportadas por el cónyuge a la cuenta de la que es titular. Si cualquiera de los cónyuges aporta cantidades a la cuenta de la que es titular el otro cónyuge, esas cantidades no son deducibles.
 - En caso de mantener una sola cuenta vivienda para los dos, la aplicación de la deducción mantiene el mismo criterio de titularidad de las cantidades depositadas que vimos con carácter general: en principio deducen en el cónyuge por el importe que aportó, siempre que se pueda identificar cuáles han sido esas aportaciones y, si no es posible, en proporción al porcentaje de titularidad.

4.2.2. El importe de la deducción

Es el resultado de aplicar a la base de deducción el 15%. Esta cantidad es la que finalmente se deduce de la cuota íntegra. Como hemos dicho anteriormente, si esta cuota resultara insuficiente o si, sencillamente, no existiera cuota íntegra alguna, la deducción se pierde sin posibilidad de trasladarla a otro contribuyente, ni a un periodo futuro.

²⁴ Recordemos que cada contribuyente sólo puede tener una cuenta ahorro-empresa pero que una cuenta ahorro-empresa puede tener varios titulares.

²⁵ En general lo que se dice es de aplicación a los demás regímenes matrimoniales que no son el de la sociedad de gananciales (participación, capitulaciones...).

4.2.3. Pérdida del derecho a la deducción

El contribuyente pierde el derecho a la deducción por varias causas, todas ellas previstas en la norma. Alterando el orden previsto en la norma nos encontramos:

- En primer lugar con dos requisitos ya examinados cuyo estudio no vamos a reiterar ahora. Se trata de los casos en:
 - Que se transmitan “inter vivos” las participaciones dentro del plazo de los dos años siguientes al inicio de la actividad.
 - Que la Sociedad Nueva Empresa no cumpla las condiciones que determinan el derecho a esta deducción.
- A continuación tenemos el caso en el que el contribuyente dispone de cantidades depositadas en la cuenta ahorro-empresa para fines diferentes de la constitución de su primera sociedad nueva empresa. En este supuesto perderá el derecho a deducción por las cantidades dispuestas para otros fines. Si son todas las cantidades depositadas habrá perdido la deducción por todas ellas. El problema estriba en los casos de disposición parcial, en los que el contribuyente destina a otros fines sólo una parte de las cantidades depositadas en la cuenta ahorro-empresa por las que practicó deducción: en este caso de disposición parcial, la norma expresamente preceptúa que se entenderá que las cantidades dispuestas son las primeras depositadas.

Más discusión generan los casos en los que el contribuyente aporta más de lo que finalmente deduce y hasta qué punto se puede considerar que las cantidades por las que no se pudo deducir se convierten en cantidades de libre disposición sin consecuencias fiscales. A nuestro entender no hay una vinculación entre deducción y base de deducción que permita afirmar esto, sino que, por el contrario hay que entender que la vinculación se establece entre la deducción y todas las cantidades depositadas, lo que supone que siempre que se disponga para otros fines las cantidades depositadas en una cuenta-ahorro habrá pérdida de deducción, en proporción a lo dispuesto eso sí, sin importar si esas cantidades dieron o no derecho a deducción. Por tanto, y en nuestra opinión²⁶, las deducciones practicadas por las cantidades depositadas en la cuenta ahorro-empresa corresponden a todas ellas y no solo a la parte de las mismas que han sido objeto de deducción efectiva por, por ejemplo, no superar el límite establecido en la normativa. Así, cuando se disponga de cantidades depositadas en la cuenta ahorro-empresa se perderá la parte de la deducción practicada que corresponda a la proporción existente entre las cantidades retiradas sobre el total de las depositadas, teniendo en cuenta que por “cantidades dispuestas” hay que entender que se trata de las primeras depositadas.

- Por último tenemos, como causa de pérdida del derecho a deducción, el transcurso de cuatro años, a partir de la fecha en que fue abierta la cuenta, sin que se haya inscrito en el Registro Mercantil la sociedad nueva empresa. Este requisito es sin duda el que más problemas de interpretación ofrece, problemas ya solucionados en la doctrina

²⁶ Es la doctrina administrativa que se sigue para la cuenta vivienda, que tiene la misma redacción legal.

administrativa por su semejanza con lo previsto para la cuenta vivienda, si aplicamos los mismos razonamientos:

- Inicialmente hay que tener en cuenta la peculiaridad del “dies a quo” y del “dies ad quem” que la norma establece: la fecha inicial de cómputo de los cuatro años es la de apertura de la cuenta, no la de la primera imposición de fondos, lo que podría suponer un inicio de la cuenta del plazo anterior a lo que cabría suponer. Por su parte la fecha final en el cómputo del plazo es la de la inscripción en el Registro Mercantil de la Sociedad Nueva Empresa, que tampoco tiene por qué coincidir con el momento del desembolso del capital de la sociedad, ni con la fecha de su escritura pública: es más, normalmente se tratará de un momento posterior, aun cuando el procedimiento de constitución previsto en los artículos 440 y 441 del TRLSC establezca unos plazos fugaces, siempre que no existan incidencias (calificaciones negativas) y se opte por la tramitación telemática²⁷. Conviene tener en cuenta estas fechas y no otras antes de llevarse sorpresas desagradables.
- El cómputo de los cuatro años debe hacerse “de fecha a fecha”²⁸. Si el fin de plazo coincide en día inhábil se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.
- Además hay que tener en cuenta el doble efecto que esta causa de pérdida del derecho a deducción supone: por un lado imposibilita continuar deduciendo, por el otro convierte en indebidas las deducciones practicadas hasta el momento. En consecuencia tenemos entender que:
 - Transcurrido el plazo de cuatro años sin constituir la sociedad nueva empresa, se pierde el derecho a todas las deducciones practicadas, debiendo realizar la correspondiente regularización.
 - Pero por otro lado, siempre que se sigan manteniendo las condiciones, se puede abrir una nueva cuenta ahorro-empresa, y volver a empezar el proceso de deducción.
 - Este proceso no es financieramente equivalente:
 - Por un lado la regularización es por todas las cantidades, la nueva deducción es sólo por lo depositado en el ejercicio con el límite de los 9.000 euros ya analizado.
 - Por otro lado es aplicable el ya citado artículo 70 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que exige un aumento del patrimonio del contribuyente, al menos en igual cuantía que las cantidades invertidas, lo que supone que no sea válido un mera transferencia de saldos: se requerirá además que las aportaciones a esta “segunda” cuenta ahorro-empresa, procedan del ahorro del ejercicio.
- Conviene recordar que para saber qué deducciones están fuera o dentro del plazo prescrito por la norma hay que acudir a la fecha en la que se realizaron los depósitos que dieron derecho a la deducción, no a la fecha de devengo del impuesto, ni

²⁷ Es una posibilidad, pero no un deber, la tramitación telemática de la constitución de estas sociedades (art.439 TRLSC).

²⁸ Artículos 5.1 del Código Civil y 48.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo.

considerar el periodo impositivo como un todo, ni, mucho menos referirse a la fecha de presentación de la declaración. Esto puede suponer que, en un mismo periodo impositivo haya deducciones improcedentes y otras que no lo sean, porque respecto de las cantidades depositadas de las que tuvieron causa, todavía no habían transcurrido cuatro años. Al hablar de la gestión de este tipo de deducciones veremos cuándo y cómo se procede a determinar y liquidar los derechos perdidos.

- Ni que decir tiene que este plazo concluye cuando el contribuyente constituye la sociedad nueva empresa o cuando desiste del proyecto: Si el contribuyente desiste expresamente de su propósito evidentemente todas serán indebidas y deberá regularizarlas; si el contribuyente simplemente abandona la idea sin tomar la iniciativa de regularizar todas las deducciones de una sola vez al cumplirse los cuatro años deberá proceder a la regularización de todas ellas.
- No se pueden olvidar los casos en los que no se llega a constituir la sociedad, o por lo menos el contribuyente no llega a ser socio fundador, por fallecimiento. Estos casos equivalen al desistimiento: no caben las deducciones, pues no se han cumplido las condiciones exigidas, ni se pueden ya cumplir de ninguna manera y habrá que regularizar. No tiene trascendencia el supuesto en el que los herederos destinan los fondos a constituir una Sociedad Nueva Empresa: las deducciones siguen siendo indebidas.

4.2.4. Gestión de las deducciones

4.2.4.1. Práctica de la deducción

El contribuyente que tiene derecho a practicar esta deducción deberá hacerlo efectivo en la declaración del Impuesto correspondiente al periodo en el que esas cantidades depositadas confirieron el derecho. La forma de ejercitarlo es consignar en la declaración esta deducción. Hay que tener en cuenta además lo siguiente:

- Lo ya dicho respecto de la insuficiencia de cuota íntegra para absorber la deducción: se pierde la parte de derecho, sin posibilidad de traslación a otro periodo.
- No declarantes: Los contribuyentes que tengan derecho a la deducción por cuenta-ahorro están obligados a declarar, artículo 96.4 de la Ley del Impuesto, que los incluye expresamente. Una interpretación estricta de este precepto implica que de no presentar declaración la Administración Tributaria puede exigir su presentación y sancionar el incumplimiento de la obligación de declarar. La misma interpretación supone que el contribuyente que no haya presentado en tiempo la declaración, pueda hacerlo de forma extemporánea, y que ésta deberá ser admitida, sin más reproche que la posible sanción por presentación fuera de plazo.
- Omisión de la deducción: de acuerdo con lo establecido de forma genérica en la Ley General Tributaria (artículo 120.3 y 122), el contribuyente puede, en tanto no haya prescrito el derecho, rectificar la declaración haciendo constar la deducción omitida, justificando suficientemente²⁹ la deducción ahora pretendida.

²⁹ Conforme establece el artículo 126.5, del Reglamento General de Aplicación de los Tributos, RD 1065/2.007, de 27 de julio.

4.2.4.2. Regularización de las deducciones indebidamente practicadas

Tal y como hemos visto el mecanismo de esta deducción implica que no se pueda conocer la corrección de las deducciones practicadas hasta mucho tiempo después. Como mínimo ese periodo será de cuatro años, pero podría ser mucho mayor si tenemos en cuenta que la corrección de las cantidades deducidas se vincula también a comportamientos de la sociedad constituida, comportamiento mantenidos en el tiempo³⁰, lo que podría dar lugar a que la deducción deviniera en incorrecta al cabo de seis o más años de su declaración, y en todo caso transcurrido el periodo de prescripción tributaria.

Lo primero que hay que aclarar al respecto es que la prescripción tributaria no alcanza a este supuesto: como no podría ser de otra manera, el impuesto se mantiene vivo, a los solos efectos del control de esta deducción, hasta que se pueda determinar por el cumplimiento de los requisitos legales, la corrección o incorrección de la deducción practicada, y sólo a partir de ese momento, comenzarán a correr los plazos de prescripción, repito, de ese único y exclusivo concepto.

En segundo lugar hay que recordar lo que la Ley General Tributaria establece para los supuestos de deducciones que, con posterioridad a su declaración, devienen incorrectas por incumplimiento de los requisitos previstos en sus normas. Este es el caso que nos ocupa y conviene deslindarlo del supuesto en que la deducción esta incorrectamente practicada a la luz de la norma desde un principio³¹, sin necesidad de contemplar el cumplimiento posterior de determinados aspectos.

Tendremos, pues casos de incorrección "originaria" y otros de incorrección "sobrevenida". Sobre los primeros nada hay que hablar: el contribuyente, advertido el error, debería presentar declaración complementaria, ingresando la cantidad resultante de la correcta aplicación de las normas, o pretendiendo una devolución menor. Por su parte la Administración podrá comprobar la corrección de esta deducción, regularizándola y exigiendo, en su caso, el ingreso que proceda o minorando la devolución solicitada por el contribuyente.

El segundo caso, el de la "incorrección sobrevenida" es más interesante. El artículo 122.2 de la Ley General Tributaria, en su segundo párrafo advierte que *"...cuando con posterioridad a la aplicación de una exención, deducción o incentivo fiscal se produzca la pérdida del derecho a su aplicación por incumplimiento de los requisitos a que estuviese condicionado, el obligado tributario deberá incluir en la autoliquidación correspondiente al periodo impositivo en que se hubiera producido el incumplimiento la cuota o cantidad derivada de la exención, deducción o incentivo fiscal aplicado de forma indebida en los periodos impositivos anteriores junto con los intereses de demora"*. Por su parte, el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (R.D. 439/2.007, de 30

³⁰ Tiempos, en algunos casos, a contar desde el inicio de actividad de la sociedad, no desde su constitución.

³¹ Supongamos que no se ha depositado cantidad alguna en la cuenta ahorro-empresa, que se ha hecho en un instrumento financiero no apto para la deducción, o que se pretende la deducción habiendo ya constituido otra Sociedad Nueva Empresa.

de marzo), en su artículo 59, repite el mismo procedimiento, distinguiendo, eso sí, la parte que debe recaer sobre la cuota estatal y sobre la cuota autonómica.

Esto supone actuar de la siguiente manera:

- Realizar un examen, a la hora de presentar la declaración, de las deducciones practicadas en periodos anteriores para decidir si en este momento siguen siendo correctas. Este examen debe realizarse mirando al periodo impositivo que ahora se declara y viendo si en ese periodo alguna deducción devino incorrecta.
- En general las deducciones vinculadas a plazos plantearán problemas cuando en ese periodo se haya producido el hecho que condiciona la deducción. Si miramos a la fecha de devengo del impuesto, podemos observar cumplidos los requisitos, pero si miramos cada día del periodo impositivo nos podemos encontrar con que, por ejemplo, la constitución de la sociedad, se realizó con posterioridad a los cuatro años desde la apertura de la cuenta ahorro-empresa y que hay cantidades depositadas desde hace más de cuatro años en fechas anteriores a la constitución de la sociedad, aunque todas ellas dentro del periodo impositivo. En estos casos, a nuestro entender, la deducción es incorrecta y debe regularizarse aun cuando, si observáramos el periodo impositivo como un todo veríamos que dentro del mismo periodo, en que cumplía el plazo, se ha realizado la constitución de la sociedad. En definitiva que el cumplimiento de las condiciones hay que examinarlo fecha a fecha, sin perjuicio de que, en ese mismo periodo impositivo, las condiciones acaben cumpliéndose.
- Por supuesto el análisis del cumplimiento de las condiciones no debe realizarse en el momento en que la declaración se presenta. Podría darse el caso en que el plazo, o en general las condiciones no se hubieran incumplido dentro del periodo impositivo que ahora se declara, pero sí estuvieran incumplidas en el momento de presentar la declaración. En estos casos, puesto que el incumplimiento se ha producido en un periodo posterior al que ahora se declara, habrá que esperar a la declaración de ese periodo, es decir, a la siguiente declaración, para proceder a regularizar las deducciones cuyos requisitos han sido incumplidos.
- Esto implica que tampoco es correcta la conducta de presentar declaraciones complementarias sobre los periodos en los que se aplicó la deducción que ha sobrevenido en indebida. El instrumento de regularización es la declaración del periodo en que se produce el incumplimiento de la conducta.
- Los intentos del contribuyente por acelerar la regularización una vez producido el incumplimiento parecerían ilógicos si no tuviéramos en la norma el importe que debe ser regularizado, y que incluye, aparte de las cantidades indebidamente deducidas, los correspondientes intereses de demora, que no son otros que los que indica el artículo 26.6 de la Ley General Tributaria. Parece absurdo y sin embargo del tenor literal no se desprende otra cosa, que un contribuyente que sabe que ha incumplido las condiciones para la deducción y que está dispuesto a regularizar la misma, devolviendo las cantidades de indebidamente dedujo, no pueda hacerlo hasta, posiblemente un año después y que no se pueda librar del pago de intereses también respecto de ese periodo en que quiso y no pudo practicar la regularización.

- La regularización de las deducciones en caso de fallecimiento antes de constituir la sociedad³², que, como afirmamos anteriormente siempre se debe producir, tiene la especialidad de que la regularización se producirá en la declaración que corresponda al periodo impositivo en que se ha producido el fallecimiento y que, tal declaración, será presentada por los herederos.

5. Conclusiones

Este ha sido el análisis de una deducción que, como vimos al inicio de este trabajo, debería integrarse dentro de un sistema planificado de incentivos empresariales, y en especial de incentivos a nuevos empresarios, las empresas familiares más genuinas que existen. Pero lo expuesto nos revela que la deducción peca de todos los vicios comunes a las políticas económicas y fiscales de este país: falta de planificación sistemática, de coordinación con otras medidas, excesiva complejidad en la norma, demasiadas limitaciones, condiciones y requisitos, exclusión de las deducciones para buena parte de las iniciativas que aspiraba a proteger...

Todo ello, en su conjunto, hace que el incentivo pase desapercibido, que no sea útil a la mayoría de los futuros empresarios, excepto para los poco más de mil contribuyentes que, hasta la fecha, se han acogido a él: una deducción, no lo olvidemos, pensada para ayudar fiscalmente al pequeño emprendedor que quiere iniciar su andadura en el mundo empresarial, primando al que empieza ahorrando para después poder “montar un negocio”: Pero vistos los resultados ¿estamos seguros que el incentivo está llegando a todos a los que deberíamos favorecer?

³² La obligación de mantener recordemos se circunscribe a transmisiones “inter vivos”.

FERNANDO EL CATÓLICO. EL OFICIO DE REY COMO UNA EMPRESA FAMILIAR

Salvador Rus¹
salvador.rus@unileon.es

Universidad de León

fecha de recepción: 15/02/2011
fecha de aceptación: 18/03/2011

Resumen

Este artículo trata de mostrar cómo la política de Fernando el Católico consiguió realizar el sueño de a) unificar un territorio disperso; b) aglutinar a los actores de la historia en torno a un proyecto común y c) proyectarlo todo a un ámbito internacional. En suma, Fernando el Católico fue capaz de convertir una pequeña empresa (el reino de Aragón) en una multinacional cuyo dominio duró más de siglo y medio.

Palabras clave: Rey Fernando el Católico; Empresa familiar; Empresa multinacional.

Abstract

This article tries to show how the policy of King Ferdinand managed to realize the dream of: a) unify scattered territory; b) bring to get her with the actors of the history of Spain a common project and c) project-it-all at an international level. Ferdinand was able to turn a small company (the Kingdom of Aragón) in a multinational whose rule lasted for more than a century and a half.

Keywords: King Ferdinand; Family enterprise; Multinational company.

¹ Director de la Cátedra de Empresa Familiar. Departamento de Psicología, Sociología y Filosofía. Facultad de Educación. Campus de Vegazana, s/n, 24071-León.

La figura del rey Fernando II de Aragón y V de Castilla, más conocido como Fernando el Católico, ha quedado siempre unida y a veces diluida por la figura de su esposa, Isabel. Las razones de esta postergación han sido estudiadas y son conocidas. No obstante, no deberíamos olvidar que Fernando heredó el Reino de Aragón, que en realidad era un mosaico de varios reinos unidos en una corona (Aragón, Cataluña, Valencia, Baleares y Sicilia) a los que agregó, o mejor dicho, recuperó, Nápoles, formando así el Reino de las Dos Sicilias que se mantuvo bajo la influencia española durante siglos. Su heredad era un reino escasamente poblado, con núcleos de población dispersos, estaba sumido en una gran recesión económica y tenía graves problemas sociales generados por los usos y costumbres de los señores que exasperaban a los campesinos. Además, sus posesiones se extendían por todo el Mediterráneo en diversas islas.

A pesar de estas circunstancias adversas, inició el proyecto de unir todos los reinos de la Península Ibérica en una sola corona, y lo consiguió en 1492, cuando Isabel y Fernando conquistaron Granada y se culminó definitivamente en 1514 con la incorporación definitiva de Navarra. Habían pasado más de 781 años desde que los árabes acabaran con el reino visigodo. No obstante, el peso de Aragón en la unión con Castilla fue escaso. Pero aun así, el rey Fernando supo recoger una herencia muy mermada, si la comparamos con la que habían acumulado alguno de sus antecesores, en decadencia y seriamente amenazada en la frontera norte por Francia, y consiguió proyectarla, con la ayuda de Castilla, al liderazgo mundial. Esta fue su gran obra: convertirse en un rey que legó a su descendencia un imperio universal partiendo de un reino pequeño y cuya existencia estaba amenazada.

Un gran personaje histórico es ejemplo de cómo comportarse pero, sobre todo, de cómo superar los errores y aprender de ellos para evitarlos cuando se vuelvan a presentar circunstancias semejantes. Los grandes gobernantes tienen la capacidad inherente para hacer y dejar hacer, es decir, servir a los súbditos y ayudarlo a aprender.

Fernando el Católico es un personaje que encarna muy bien qué significa ocuparse de la monarquía, qué sentido tiene asumir las responsabilidades del cargo y la carga de ser rey, y cómo proyectar a la familia hacia el lugar más elevado partiendo de los instrumentos de que disponía, venciendo y doblegando a todos los competidores, que en muchas ocasiones se tornaron enemigos, aprovechando todas las ocasiones de crecer y realizando todas las posibilidades que se le presentaban.

El rey Fernando fue una persona que buscó siempre alianzas estratégicas, basadas en la afinidad de los socios, que generen unidad y compromisos entre ellos. Fue leal con su familia, con sus compromisos y con sus aliados, aunque tenía fama de lo contrario. Como monarca, usó con moderación las tácticas para rematar un proyecto; en cambio, utilizó de forma intensa y continuada la estrategia para diseñar una política global que abarcara el poder territorial y el poder marítimo hacia el Oeste (Atlántico) y hacia el Este (Mediterráneo); hacia el Norte (Europa) y el Sur (África). Poseyó una gran capacidad para ver más que sus competidores y para formar equipos fuertes y coordinados. Todas estas cualidades, unidas a otras virtudes, sirvieron para predisponerle a asumir el liderazgo interno en Castilla y Aragón, pero también el externo en Europa basado en su prestigio personal y en su capacidad para gobernar. Como resultado, potenció a los reinos unidos

que formarán España hasta un liderazgo mundial que terminará en 1648, casi siglo y medio después, tuvieron que pasar cinco generaciones para acabar, en parte, sólo en parte, con su gran obra.

Lecciones de gobierno empresarial

Este personaje nos muestra los siguientes puntos relevantes, que pueden considerarse una lección de gobierno y dirección de los asuntos familiares y políticos:

1. La construcción de la unidad política de los reinos de Castilla y Aragón, manteniendo y reconociendo la diversidad territorial, de tal forma que la unión resultó ser más fuerte que la suma de las partes.
2. La capacidad para, dentro del mismo proyecto de unidad, incorporar nuevos territorios que no desvirtuaran el propósito inicial: Granada, Nápoles y Navarra.
3. La consolidación de esta empresa dotándola de unas instituciones que evitaban la ruptura y la división y que, al mismo tiempo, fortalecieran y garantizaran la unidad política y la sinergia entre los reinos.
4. La organización de un espacio exterior mediante:
 - a. Las uniones familiares formando una sola familia partiendo de cuatro dinastías;
 - b. El desarrollo de acuerdos políticos, económicos, militares y comerciales que permitió crear una zona de libre comercio que abarcaba desde Atenas a Dinamarca.
5. La superación y aislamiento político, territorial y económico de los competidores, sobre todo Francia, mediante la formación de alianzas estratégicas y comerciales.
6. La concentración de toda la herencia conseguida en unas solas manos. De esta forma multiplicó la eficiencia del patrimonio de la monarquía hispana y las posibilidades de expansión y dominio del mundo.
7. Su capacidad innata para ver una oportunidad donde otros ven riesgos y problemas trazar una estrategia que sirviera para conseguir los objetivos y rematar los proyectos.
8. Su disposición para cambiar y rectificar cuando lo exigían las circunstancias, que es muestra de una sabia y prudente paciencia.
9. Nunca consideró a nadie enemigo, sino competidor. Con un enemigo no puedes llegar a acuerdos y alianzas, con un competidor sí.

Lo primero que nos enseña Fernando el Católico es que percibe perfectamente el entorno, ve qué puede conseguir y se apresta a ello. Para iniciar su andadura como rey tuvo la necesidad de conocer al pueblo, o, mejor dicho, a los pueblos sobre los que tenía

que ejercer el gobierno. Para eso, se movió por los dominios y por las ciudades para que lo conocieran físicamente, lo vieran y se adhirieran a sus proyectos. Se dejó ver por sus súbditos y, cuando fue necesario, como en la Guerra de Granada, se puso al frente del ejército y asumió la dirección de la contienda. Así podía exigir a sus hombres que se dejaran la vida en un campo de batalla bajo sus pendones.

El conocimiento del pueblo incrementó la autoridad, que se sumaba al poder que por el cargo y posición tenía y había heredado. Sin autoridad no hay posibilidad gobernar. El poder pasa, la autoridad permanece, pero hay que cuidarla y acrecentarla como el amor hacia los seres queridos. Sin adhesión del pueblo que reconozca la autoridad, no se puede acometer ninguna empresa que genere entusiasmo en un reino.

En segundo lugar, Fernando el Católico supo separar y no confundir el riesgo de la oportunidad. En lugar de ver un peligro que paraliza, se trata de percibir que hay una ocasión para mejorar la situación que comparece ante nosotros. Los timoratos en todo ven inconvenientes y siempre están poniendo problemas, buscando excusas. El audaz, que no es temerario, consigue transformar la situación en ventajosa para él y sus propósitos, usando los medios adecuados con el fin, por ejemplo, negociando primero, actuando si la diplomacia falla. Fernando el Católico no era partidario de resolver los litigios y las diferencias por las armas, última razón, para zanjarlos. Siempre se resistió a plantear guerras, prefirió la acción eficaz de la diplomacia y superar los momentos difíciles y las dificultades mediante la negociación.

Fernando el Católico entendió que existen reglas fijas para actuar porque las circunstancias varían y porque cada uno percibe una situación de una manera determinada. Los reyes debían conducirse guiados por la virtud para convertirse en ejemplo de un comportamiento recto. Y esta conducta correcta siempre se sitúa en un término medio entre el exceso y el defecto. Por ejemplo, la valentía o el coraje consisten en encontrar un punto medio entre dos extremos, la cobardía y la temeridad.

Una gran lección de gobierno del rey Fernando el Católico fue que su actuación siempre consideró una triple dimensión: los súbditos y los reinos; la familia y la Corona y, finalmente, el tiempo y el espacio.

Desafiando al destino

Cuando nació, era el primogénito de un segundo matrimonio de su padre. Tenía por delante en el orden sucesorio a Carlos de Viana. Su destino era, por tanto, convertirse en un infante de Aragón y poseer un gran señorío en Teruel o en Huesca, lejos de la Corte. Sin embargo, aprovechando cada oportunidad que le brindaron las circunstancias y estableciendo alianzas que beneficiaban a todos los que en ella estaban implicados, fue capaz de amalgamar una herencia que traspasó los límites espaciales de España. Se adentró en Europa, se extendió hacia Oriente por ambas riberas del Mediterráneo y se proyectó con fuerza y se consolidó en Occidente más allá del Océano Atlántico en América. Y esto lo consiguió solo en el lapso temporal de una vida intensamente vivida al servicio de un ideal y de un Reino.

Miró hacia el interior y unificó varios reinos para fortalecer la posición de partida y proyectar el resultado hacia el dominio del mundo. Contempló sin temor Oriente, y abrió y consolidó las rutas comerciales que seguían los bajeles españoles por el Mediterráneo recuperando económica y políticamente a Cataluña y Valencia. Observó con cautela el Occidente y descubrió el porvenir de América y su importancia para la Corona; fomentando estas actividades logró fortalecer económica y política a la monarquía hispánica.

En España, en el interior, diseñó una estrategia de amistad, colaboración, cooperación que dio lugar a la concordia interna y a un perfecto entendimiento con Portugal que dos generaciones después se unieron en una misma Corona. En el Oriente buscó también la unidad de tierras tan variadas, tan diferentes y tan recelosas en lo que es común a todos, el comercio y la necesidad de intercambiar productos que generen riquezas y bienestar, y como consecuencia yuguló el peligro de la expansión turca que constituía una amenaza para todos. Y para Occidente, intuyendo las posibilidades inmensas que ofrecía, estableció los medios necesarios para el desarrollo de la fe, el descubrimiento de nuevas tierras y la gobernación justa de los súbditos que se incorporaban a la Corona, pero sin olvidar que los medios materiales que se recibían y se recibirían de allí servirían para mantener la gran política que durante siglo y medio la Monarquía Hispánica llevó con éxito. La mirada de Fernando el Católico fue global, lo abarcó todo, porque tuvo la virtud de reflexionar con serenidad, sin estar compelido por la urgencia, sobre los medios pertinentes para llegar a una mejor gobernación de los reinos y de los súbditos. Su mirada era amplia, omniabarcante, no excluía detalle alguno porque todos son importantes y porque todos pueden ser en algún momento decisivos.

Consideró a las familias y las dinastías reinantes como un medio muy poderoso para fundar una sola familia y buscar así la unión en Europa, que podría traer inmensas ventajas para todos los implicados. Generó alianzas de sangre que complementaban y reforzaban la actividad fría y formal de la diplomacia. De esta forma doblegó la resistencia de Francia, y venció a todos sus monarcas en diferentes ocasiones y en distintos frentes. Los aisló política, geográfica y económicamente. Su enemigo se convirtió en un competidor y, finalmente, acabó con los sueños de los reyes franceses de expandirse, apropiarse y asentarse en territorios que no les correspondían. Supo competir con sus enemigos y dar razón de ellos.

Un gran visionario

Preparó el camino y señaló la senda para que sus sucesores, el Emperador Carlos, Felipe II convirtieran a España en el Reino hegemónico en Europa, América y el Mediterráneo. Supo administrar el éxito sin presumir de él poniéndolo al servicio de la Monarquía Hispánica y diseminándolo entre todas las casas reales con las que estableció alianzas. Poseía una visión completa del tiempo y del desarrollo de la política. Así como del poder y de las posibilidades que ofrecían las relaciones entre las familias, las personas, los hechos y el espacio físico.

Fernando el Católico supo medir el tiempo y el espacio, como instrumentos y escenario donde se movía la política. Conoció su densidad, escasez y fugacidad. Diseñó su acción política y sus estrategias para realizar y concluir sus proyectos políticos contando con estas dos limitaciones que nos imponen la vida y que nos cuesta tanto comprender y hacernos cargo. Vio con nitidez el difícil y fugaz perfil del aire, que muy pocos han percibido y han sabido aprovechar. Convivió con el inexorable paso del tiempo como quien es capaz de mantener el equilibrio y la cordura situado en la punta de una lanza, o en el filo de una espada, donde se carece de opción para errar, y si te equivocas tienes que rectificar inmediatamente, sin dilación, porque si no aciertas en siete ocasiones, levántate ocho o diez, pero no te quedes en el suelo.

Actuó sabiendo que vivir en el tiempo es vivir en el presente continuo que pasa, se va, se consume, no retorna, se quema. La política se diseña en el tiempo y se realiza sobre el espacio físico, sobre el terreno. Pero sin planificación, mirando al futuro con sin prudencia y con pesimismo, se fracasa, y se concluyen los proyectos. Él contempló su tiempo histórico con ambición y con deseos de conseguir lo mejor para su reino y para sus súbditos. Por eso arriesgó con prudencia, negoció hasta límites insospechados, se mostró prudente, magnánimo, audaz y resolutivo según exigían las circunstancias y el bien de todos los suyos.

Fernando dejó este mundo cuando todo lo que se había propuesto desde su entrada en la escena de la Historia estaba cerrado y concluido. Su labor se había realizado. La estabilidad era un hecho y España era una multinacional que había realizado una dura y complicada singladura por el proceloso mar de la política de la mano de un segundón de la casa real de Aragón.

Don Fernando, el Rey Católico, nos ofrece muchas lecciones que se pueden resumir en dos, ambas muy pertinentes para el gobierno de las empresas familiares: ser veraz y actuar con prudencia. La veracidad le llevó a completar la realidad tal cual es, llena de posibilidades que él tenía la obligación de aprovechar, porque nadie las veía y las contemplaba. Ante un revés, como la muerte de sus hijos, la segura desaparición de los Trastámara y su sustitución por los Habsburgo, cuando fue expulsado de Castilla por su yerno y secuaces, siempre buscó el lado positivo que le permitiera hacer algo a favor de la Corona y sus súbditos. Actuó con prudencia y sabiduría para arreglar los problemas que se le presentaron. Entendió que el futuro de Aragón pasaba por su integración con Castilla, que el mundo es redondo y que la política se mueve en 365° y no en un terreno plano, que las alianzas son eso, acuerdos temporales que sirven para conseguir un objetivo y alcanzado éste es mejor replantearlas o darlas por finiquitadas. La prudencia le llevó a actuar con la sabiduría práctica siguiendo unas pautas para actuar de forma adecuada según las exigencias que imponía cada situación.

EL NUEVO RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES VINCULADAS

Pedro Rosón Silván

Inspector de Hacienda del Estado

fecha de recepción: 03/02/2011

fecha de aceptación: 17/03/2011

Resumen

El nuevo y polémico régimen fiscal de operaciones vinculadas supone un cambio radical respecto de la regulación anterior a la Ley de Prevención del Fraude Fiscal de 2006, y pretende aproximar la normativa fiscal a los criterios expresados por las directrices de la OCDE sobre precios de transferencia, y a la nueva normativa contable, que se inspira en las Normas Internacionales de Contabilidad asumidas por la Unión Europea.

Los principales cambios han afectado no solo al concepto de partes vinculadas (que se ha ampliado) o la incorporación de los métodos de valoración de la OCDE, sino, sobre todo a:

1. La creación de una nueva obligación de documentación a cargo del obligado tributario que tiene que valorar sus operaciones a valor de mercado;
2. La creación de dos nuevas infracciones tributarias, para asegurar el cumplimiento de la obligación de documentación;
3. La simplificación del procedimiento de comprobación del valor normal de mercado;
4. La regulación expresa del denominado ajuste secundario.

Pese a su novedad y por las presiones de los afectados, se han producido reformas para rebajar tanto las obligaciones de documentación como las sanciones, y, todo hace pensar que dado el contexto de crisis económica, puedan producirse más.

Palabras clave: Documentación; Ajuste primario; Ajuste correlativo; Ajuste secundario; Ajuste contable; Ajuste fiscal; Valor de mercado; Valor razonable; Análisis de comparabilidad; Vinculación.

Abstract

The new and polemic fiscal regime of linked operations a radical change supposes respect of the regulation previous to the Law of Prevention of the Tax evasion of 2006, and tries to bring the fiscal regulation near to the criteria expressed by the directives of the OECD on prices of

transfer, and to the new countable regulation, which inspires by the International Procedure of Accounting assumed by the European Union.

The principal changes have concerned not only the concept of parts linked (that has been extended) or the incorporation of the methods of valuation of the OECD, but, especially to:

1. The creation of a new obligation of documentation at the expense of the obliged tributary who has to value his operations to value of market;
2. The creation of two new tributary infractions, to assure the fulfillment of the obligation of documentation;
3. The simplification of the procedure of checking of the normal value of market;
4. The regulation expresses of the secondary adjustment called.

In spite of his innovation and for the pressures of the affected ones, there have taken place reforms to reduce both the obligations of documentation and the sanctions, and, everything makes think that in view of the context of economic crisis, they could take place more.

Keywords: Documentation; Primary adjustment; Correlative adjustment; Secondary adjustment; Countable adjustment; Fiscal adjustment value of market; Reasonable value; Analysis of comparability entail.

1. Introducción: los fundamentos de la reforma

El nuevo régimen fiscal de las operaciones entre partes vinculadas, contenido en la redacción dada al artículo 16 del TRLIS¹, por la ley de Prevención del Fraude fiscal (ley 36/2006) tiene 2 objetivos, según se expresa en la propia exposición de motivos: Enlazar con el criterio contable² y adaptar la legislación española en materia de precios de transferencia al contexto internacional, en particular a las directrices de la OCDE³ sobre la materia y al Foro europeo sobre precios de transferencia, a cuya luz debe interpretarse la normativa modificada. Vamos a ver a continuación el tratamiento de dichas operaciones en los 2 ámbitos a los que se quiere aproximar la normativa fiscal reformada en 2006.

1.1. Tratamiento contable de las operaciones entre partes vinculadas

El nuevo Plan contable⁴, contiene un tratamiento muy detallado de las operaciones vinculadas, que abarca desde un concepto de vinculación contable⁵, que como veremos no está muy alejado del fiscal.

¹ Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004.

² Hay que entender que se refiere al del nuevo plan contable, aprobado por RD 1514/2007 (BOE 20/11/2007) tras la reforma mercantil y contable por ley 16/2007 (BOE 05/07/2007).

³ Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico.

⁴ Aprobado por RD 1514/2007 y RD 1515/2007 (PGC de PYMES).

⁵ Se contiene en las Normas de Elaboración de las Cuentas Anuales (NECA) números 13 y 15, a las que posteriormente nos referiremos.

Incluye también criterios de contabilización sobre la base del valor razonable (de mercado), no solo para operaciones entre empresas del grupo contable (definido en la mencionada NECA 13.1) sino también para las operaciones en las que resulte de aplicación el principio de prevalencia del fondo económico sobre la forma jurídica contenido en el art. 34 del Código de Comercio.

Por último se impone una peculiar obligación de documentación contable de las operaciones entre partes vinculadas, sobre la base del contenido de la memoria, como más adelante tendremos ocasión de comentar.

En definitiva, la reforma contable supone una mayor exigencia para las empresas en materia de operaciones entre partes vinculadas y una homologación a los criterios internacionales.

1.2. Tratamiento en el ámbito de la OCDE de las operaciones entre partes vinculadas

1.2.1. El art. 9^o del modelo de convenio OCDE y sus comentarios

Este artículo regula las operaciones entre empresas asociadas y, en síntesis:

- Formula el principio de plena competencia y su aplicación a las operaciones entre empresas asociadas cuando se aparten de éste, autorizando el correspondiente ajuste fiscal (apartado 1).
- Establece el ajuste correlativo o bilateral (apartado 2).

⁶ Artículo 9. EMPRESAS ASOCIADAS

1. Cuando:

- a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, o
- b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante, y, en uno y otro caso, las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, las utilidades que habrían sido obtenidas por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en las utilidades de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia.

2. Cuando un Estado contratante incluya en las utilidades de una empresa de ese Estado –y, en consecuencia, grave– las de una empresa del otro Estado que ya han sido gravadas por este segundo Estado, y estas utilidades así incluidas son las que habrían sido realizadas por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las acordadas entre empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esas utilidades. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario.

Los comentarios del mencionado artículo 9 se remiten a las Directrices OCDE sobre precios de transferencia, especifican que el ajuste correlativo no es obligatorio, admiten el ajuste secundario y establecen un procedimiento amistoso para resolver conflictos.

1.2.2. Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias

Las directrices regulan el principio de plena competencia (Capítulo I), los métodos de valoración (Capítulos II y III), los Procedimientos de resolución de conflictos en materia de Precios de transferencia (Capítulo IV), la documentación (Capítulo V), los Intangibles (Capítulo VI), los Servicios intragrupo (Capítulo VII) y los acuerdos de reparto de costes (Capítulo VI). Veamos a continuación una breve referencia a estos contenidos:

1.2.2.1. *El principio de plena competencia*⁷

Es una norma internacional que debe ser utilizada para la determinación de los precios de transferencia con fines fiscales, tal como lo han acordado los países miembros de la OCDE.

Dicha norma se expone en el artículo 9 del Modelo de Convenio fiscal de la OCDE pero debido a las dificultades de aplicación de este principio, las directrices han desarrollado criterios para su aplicación, que incluyen, entre otros aspectos, un análisis de comparabilidad y el nuevo principio contable de primacía de la sustancia sobre la forma.

El análisis de comparabilidad exige comparar las condiciones de la operación vinculada con la que se realizaría en el mercado libre. Para ello hay que tener en cuenta una serie de factores, como las características de los bienes o servicios el denominado análisis funcional, el estudio de las cláusulas contractuales, de las circunstancias económicas y de las estrategias mercantiles. Todo ello ha sido recogido en términos similares por la nueva normativa fiscal española.

1.2.2.2. *Métodos de valoración*

Se incluyen tanto los métodos basados en las operaciones⁸ como los que tienen en cuenta el beneficio de la operación⁹, que han sido recogidos en términos muy similares por la nueva normativa, a la que posteriormente nos referiremos.

⁷ Arm's length principle.

⁸ a) Métodos tradicionales basados en las operaciones:

1. método del precio libre comparable (plc): comparable uncontrolled price method (cup).
2. método del precio de reventa (pr): resale price method.
3. método del coste incrementado (ci): cost plus method.

⁹ b) Métodos del beneficio de la operación:

4. método del reparto del beneficio (rb): profit split method.
5. método del margen neto de la operación (mno): transactional net margin method (tnmm).

1.2.2.3. *Procedimientos de resolución de conflictos en materia de precios de transferencia*

Se contempla un procedimiento amistoso, la realización de inspecciones tributarias simultáneas, los acuerdos previos sobre precios de transferencia (APAS) y el arbitraje. Todo ello ha sido igualmente reflejado en la nueva normativa fiscal española.

1.2.2.4. *Documentación*

Se establecen criterios a seguir sobre procedimientos y normas de documentación y recomendaciones sobre auditorías de precios de transferencia y documentación.

1.2.3. Intangibles

Se tratan cuestiones sobre intangibles comerciales (patentes y marcas) y la determinación de su precio de cesión en condiciones de plena competencia.

1.2.4. Servicios intragrupo

Los servicios intragrupo constituyen igualmente una operación vinculada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 16.3.d TRLIS, ya que el servicio lo presta la dominante u otra sociedad del grupo a las restantes sociedades que lo integran.

Todo ello determinaría un análisis de la operación, comparando los valores convenidos con los de mercado y, de resultar diferentes, determinaría los correspondientes ajustes primario y secundario en los términos generales.

Pero además el art. 16.5¹⁰ TRLIS regula expresamente la deducibilidad de estos servicios para las sociedades que los reciben y exige, además de la propia existencia del servicio, tres requisitos para la deducibilidad de estos gastos:

1. **Utilidad:** Que produzcan o puedan producir una ventaja o utilidad a su destinatario.
2. **Racionalidad:** Si se trata de servicios prestados conjuntamente en favor de varias personas o entidades vinculadas, y siempre que no fuera posible la individualización del servicio recibido o la cuantificación de los elementos determinantes de su remuneración, deberá ser posible distribuir la contraprestación total entre las personas o entidades beneficiarias de acuerdo con unas reglas de reparto que atiendan a criterios de racionalidad.

¹⁰ 5. La deducción de los gastos en concepto de servicios entre entidades vinculadas, valorados de acuerdo con lo establecido en el apartado 4, estará condicionada a que los servicios prestados produzcan o puedan producir una ventaja o utilidad a su destinatario. Cuando se trate de servicios prestados conjuntamente en favor de varias personas o entidades vinculadas, y siempre que no fuera posible la individualización del servicio recibido o la cuantificación de los elementos determinantes de su remuneración, será posible distribuir la contraprestación total entre las personas o entidades beneficiarias de acuerdo con unas reglas de reparto que atiendan a criterios de racionalidad. Se entenderá cumplido este criterio cuando el método aplicado tenga en cuenta, además de la naturaleza del servicio y las circunstancias en que éste se preste, los beneficios obtenidos o susceptibles de ser obtenidos por las personas o entidades destinatarias.

3. **Valoración** de acuerdo con los criterios del 16.4, es decir al valor normal de mercado. En consecuencia, en el ajuste primario y correlativo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el mencionado 16.5 TRLIS, por lo que el servicio se valorará teniendo en cuenta dichos requisitos, con independencia del coste soportado por el prestador.

1.2.5. Acuerdos de reparto de costes

Se define su concepto, la determinación de la aportación de cada participante y las ventajas que obtiene.

2. Evolución normativa: modificaciones del art. 16 TRLIS y desarrollo reglamentario. Análisis de las principales modificaciones

2.1. Evolución normativa: modificaciones del régimen fiscal de operaciones vinculadas

Desde 2006 se han producido las siguientes modificaciones normativas:

1. Nueva redacción del art. 16 TRLIS por ley de prevención del fraude (ley 36/2006)

Esta modificación normativa supuso un cambio total en la tributación de las operaciones vinculadas, y se aplica a los ejercicios que se inicien a partir de la entrada en vigor de dicha ley (01/12/2006) es decir para los ejercicios 2007 y siguientes si el ejercicio coincide con el año natural.

2. Modificación del concepto de vinculación por la ley 16/2007

Con efectos para los ejercicios que se inicien a partir del 1/1/2008 se modifica la redacción del último párrafo del art. 16.4 TRLIS, sustituyendo el criterio de la unidad de decisión por el de control, a los efectos de la consideración de grupo mercantil en los términos del art. 42 del Código de Comercio (que también es objeto de modificación por la mencionada ley 16/2007).

3. Modificación del RIS¹¹ por RD 1793/2008

Dicha norma, además de regular aspectos de procedimiento, de análisis de comparabilidad y de documentación, desarrolla el denominado ajuste secundario y reintroduce¹² el régimen de operaciones vinculadas de las prestaciones de servicios por un socio profesional a una sociedad vinculada, aspectos a los que posteriormente haremos referencia.

¹¹ Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

¹² El art. 16.7 TRLIS, en la redacción anterior a la ley de prevención del fraude, vigente para ejercicios iniciados con anterioridad a su entrada en vigor contemplaba una regulación de estas operaciones entre una sociedad y sus socios profesionales, que fue omitida por la nueva redacción de dicho art. 16 y que retoma el art. 16.6 RIS, en su redacción dada por el mencionado RD 1793/2008.

4. Modificación de las obligaciones de documentación y del régimen sancionador por Real Decreto-Ley 6/2010, con efectos para los periodos impositivos que concluyan a partir del 19/2/2009 (es decir los ejercicios 2009 y siguientes si el ejercicio coincide con el año natural).

Este RD-ley reduce la obligación de documentación y las sanciones por su no llevanza para empresas de reducida dimensión¹³.

5. Modificación del Reglamento del Impuesto por RD 897/2010: Amplía la no exigencia de documentación a todas la personas o entidades vinculadas (sean o no empresas de reducida dimensión) cuando sus operaciones vinculadas no superen los 250.000 euros de contraprestación a valor de mercado por periodo impositivo y entidad vinculada¹⁴.

Además precisa el momento en que la documentación deberá estar a disposición de la Administración tributaria, que será el día siguiente a la finalización del plazo voluntario de declaración o liquidación, lo que en el impuesto sobre sociedades, para el caso general en que el periodo impositivo coincide con el año natural, supone que la obligación de documentación deberá estar disponible a partir del 26/7/2010, respecto del ejercicio 2009, que es el primer ejercicio en el que resulta sancionable las infracciones relativas a la documentación de las operaciones vinculadas¹⁵.

6. Modificación por Real Decreto Ley 13/2010 (con efectos para los periodos que se inicien a partir del 1/1/2011).

Procede a elevar de 8 a 10 millones de euros el umbral del volumen de operaciones de las empresas de Reducida Dimensión y la no exigencia de documentación en las condiciones establecidas por el párrafo 2º del art. 16.2 TRLIS en la redacción dada por el Real Decreto Ley 6/2010.

2.2. Análisis de las principales modificaciones

A partir de un análisis comparativo de los textos anteriores y posteriores a la ley de prevención del fraude y a las sucesivas modificaciones tanto del art. 16 TRLIS como de los capítulos V a VII del Reglamento del Impuesto (arts. 16 a 30 RIS), hay que diferenciar entre modificaciones sustantivas del régimen fiscal de operaciones vinculadas de otras de naturaleza predominantemente formal o procedimental, como es el caso de las

¹³ Aquellas cuyo volumen de operaciones sea inferior a 8 millones de euros hasta 2010 y 10 millones de euros para los ejercicios que se inicien a partir de 1/1/2011.

¹⁴ No obstante de dicho importe se excluyen determinadas operaciones previstas en los nros 1º, 2º, 3º y 4º de la letra e del art. 18.4 TRLIS (operaciones con residentes en paraísos fiscales o con contribuyentes sujetos a módulos o que consistan en transmisión de negocios, acciones no cotizadas, inmuebles o intangibles).

¹⁵ Según la DT 3ª del RD 897/2010, tercera. Las obligaciones de documentación establecidas en la sección 3.ª y en la sección 6.ª del capítulo V del Título I del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, serán exigibles a partir de los 3 meses siguientes a la entrada en vigor del presente Real Decreto (1793/08), es decir el 19/3/2009.

obligaciones de documentación, los nuevos procedimientos aplicables y las nuevas infracciones y sanciones.

2.2.1. Modificaciones sustantivas

Cabe destacar la introducción de una regla de valoración obligatoria y no condicionada, la ampliación del concepto fiscal de vinculación, la recepción de los métodos de valoración propugnados por la OCDE.

2.2.1.1. Regla de valoración obligatoria y no condicionada

El art. 16.1 TRLIS incorpora una regla general e imperativa: la valoración de las operaciones entre partes vinculadas, a efectos fiscales, por el valor normal de mercado¹⁶.

Además define el valor normal de mercado con referencia a la libre competencia:

*“Se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes **en condiciones de libre competencia**”¹⁷.*

Por otra parte el art. 16 RIS regula el análisis de comparabilidad en términos similares a las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia.

Se establece también la posibilidad de que la Administración tributaria compruebe las operaciones vinculadas y efectúe los ajustes correspondientes, sin que se contemple la correlativa posibilidad de que ello pudiera ser realizado por las partes vinculadas al presentar su declaración¹⁸.

Además se propugna expresamente que la Administración tributaria quedará vinculada por dicho valor en relación con el resto de personas o entidades vinculadas, es decir que el denominado ajuste correlativo es obligatorio para la Administración, contemplándose un procedimiento para ello al que posteriormente nos referiremos.

¹⁶ 16.1.1º TRLIS: Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas **se valorarán** por su valor normal de mercado. (En la redacción anterior la regla especial de valoración era potestativa y exigía la existencia de un diferimiento del impuesto o una menor tributación en España).

¹⁷ El art. 15.2 TRLIS mantiene el anterior concepto de valor normal de mercado. Se entenderá por valor normal del mercado el que hubiera sido acordado **en condiciones normales de mercado** entre partes independientes.

¹⁸ 16.1.2º TRLIS: La Administración tributaria podrá comprobar que las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se han valorado por su valor normal de mercado y efectuará, en su caso, las correcciones valorativas que procedan respecto de las operaciones sujetas a este Impuesto, al IRPF o al IRNR que no hubieran sido valoradas por su valor normal de mercado, con la documentación aportada por el sujeto pasivo y los datos e información de que disponga.

Además ese ajuste bilateral no puede provocar una sobreimposición para el conjunto de las personas o entidades vinculadas¹⁹, sin perjuicio de que ello se produzca con el ajuste secundario, como posteriormente veremos.

2.2.1.2. Ampliación del concepto de vinculación

Comparando ambas redacciones resultan las siguientes modificaciones:

1. Se sustituye el término sociedad por el más amplio de entidad.
2. Se amplía el círculo de familiares a personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado (letras c, g e i del art. 16.3 TRLIS).
3. Cuando la vinculación se define en términos de participación, se amplía el supuesto de participación en el capital (redacción anterior) a la participación en los fondos propios (letras h e i).
4. La mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho.
5. El concepto de grupo se ajusta a la modificación del 42 CCO²⁰ por ley 16/2007 de Reforma mercantil:

"Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a. Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d. Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona".

¹⁹ La valoración administrativa no determinará la tributación por este Impuesto ni, en su caso, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado. Para efectuar la comparación se tendrá en cuenta aquella parte de la renta que no se integre en la base imponible por resultar de aplicación algún método de estimación objetiva.

²⁰ Código de Comercio.

2.2.1.3. *Recepción métodos de valoración OCDE*

El art. 16.3 TRLIS ha procedido a una recepción prácticamente completa de los métodos contemplados en los capítulos II y III de las directrices de la OCDE.

2.2.1.4. *Regulación expresa del ajuste secundario*

Pese a que conforme a los arts. 13²¹ y 115.2²² LGT, la Administración Tributaria siempre ha podido calificar la naturaleza jurídica y por tanto la tributación del desplazamiento patrimonial que comporta la realización de operaciones a precios diferentes a los de mercado entre partes vinculadas, el art. 16.8 TRLIS procede a una regulación expresa del denominado ajuste secundario al que posteriormente nos referiremos extensamente.

2.2.1.5. *Regla especial profesionales*

La nueva redacción del 16 TRLIS omite lo establecido para la valoración de las operaciones vinculadas entre las sociedades y sus socios profesionales en el art. 16.7²³ TRLIS, en su redacción anterior a la Ley de Prevención del Fraude (ley 36/2006).

Pese a ello, el art. 16.6 RIS (redacción dado por el RD 1793/08) retoma esta regla especial de valoración en los siguientes términos: Permite optar por el valor convenido como valor de mercado, es decir que el valor convenido sirva como valor de mercado, cuando se trate de prestación de servicios profesionales por socios profesionales personas físicas a entidades, cumpliendo determinados requisitos:

Los requisitos, que establece al 16.6 RIS son, en síntesis, los siguientes:

1. La entidad ha de ser una ERD²⁴.
2. Más del 75% de sus ingresos han de ser profesionales.
3. Debe contar con medios humanos y materiales adecuados.
4. El resultado previo profesional, antes de computar las retribuciones a sus socios profesionales, ha de ser positivo.

²¹ Artículo 13 LGT. Calificación.- Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.

²² Artículo 115.- Potestades y funciones de comprobación e investigación... 2.- En el desarrollo de las funciones de comprobación o investigación, la Administración tributaria calificará los hechos, actos o negocios realizados por el obligado tributario con independencia de la previa calificación que éste hubiera dado a los mismos.

²³ 16.7 TRLIS.- En todo caso, se entenderá que la contraprestación efectivamente satisfecha coincide con el valor normal de mercado en las operaciones correspondientes al ejercicio de actividades profesionales o a la prestación de trabajo personal por personas físicas a sociedades en las que más del 50 por ciento de sus ingresos procedan del ejercicio de actividades profesionales, siempre que la entidad cuente con medios personales y materiales para el desarrollo de sus actividades.

²⁴ Empresa de Reducida Dimensión, regulada en el Capítulo XII del Título VII TRLIS (arts. 108-114).

5. Las retribuciones a los socios profesionales no podrán ser inferiores al 85% de dicho resultado previo profesional (lo que equivale a limitar el beneficio al 15% de dicho resultado previo profesional, que es el que tributaría al tipo blando de las Empresas de Reducida Dimensión).
6. Las retribuciones a socios profesionales deben fijarse por escrito y en función de su contribución y no podrán ser inferiores a 2 veces el salario medio de los asalariados con funciones análogas (o 2 veces el salario medio anual del conjunto de contribuyentes previsto en el art. 11 RIRPF²⁵), pero cabe la aplicación a los socios que lo cumplan.

2.2.1.6. *Modificaciones en materia de servicios intragrupo, acuerdos de reparto de costes y acuerdos previos de valoración*

Los apartados 5, 6 y 7 del art. 16 TRLIS, en su redacción dada por la ley 36/2006 contemplan una regulación más acorde a las directrices de la OCDE y a las recomendaciones del Foro de Precios de Transferencia de la Unión Europea.

Así en materia de servicios intragrupo y los servicios entre entidades vinculadas en general, el art. 16.5 TRLIS²⁶ insiste en la exigencia de que **produzcan o puedan producir una ventaja o utilidad a su destinatario**, dada la posibilidad de que sean utilizados para otras finalidades, como el reparto de beneficios sin respetar los requisitos mercantiles al efecto. Además se reitera que en caso de servicios prestados a varias entidades vinculadas, se establezcan reglas de reparto racionales.

Se regula también en el art. 16.6 TRLIS²⁷ los acuerdos de reparto de costes, estableciéndose condiciones para la deducibilidad de los gastos derivados de dichos

²⁵ Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por RD 439/2007.

²⁶ La deducción de los gastos en concepto de servicios entre entidades vinculadas, valorados de acuerdo con lo establecido en el apartado 4, estará condicionada a que los servicios prestados produzcan o puedan producir una ventaja o utilidad a su destinatario. Cuando se trate de servicios prestados conjuntamente en favor de varias personas o entidades vinculadas, y siempre que no fuera posible la individualización del servicio recibido o la cuantificación de los elementos determinantes de su remuneración, será posible distribuir la contraprestación total entre las personas o entidades beneficiarias de acuerdo con unas reglas de reparto que atiendan a criterios de racionalidad. Se entenderá cumplido este criterio cuando el método aplicado tenga en cuenta, además de la naturaleza del servicio y las circunstancias en que éste se preste, los beneficios obtenidos o susceptibles de ser obtenidos por las personas o entidades destinatarias.

²⁷ La deducción de los gastos derivados de un acuerdo de reparto de costes de bienes o servicios suscrito entre personas o entidades vinculadas, valorados de acuerdo con lo establecido en el apartado 4, estará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Las personas o entidades participantes que suscriban el acuerdo deberán acceder a la propiedad u otro derecho que tenga similares consecuencias económicas sobre los activos o derechos que en su caso sean objeto de adquisición, producción o desarrollo como resultado del acuerdo.

acuerdos, en base a los principios de racionalidad, utilidad y proporcionalidad. Estos requisitos se desarrollan en el art. 17 del RIS.

Por último, el art. 16.7 TRLIS, desarrollado por el Capítulo VI del RIS (arts. 22 a 29 nonies) regula los acuerdos previos de valoración de las operaciones vinculadas, cuyo procedimiento se recoge en el Reglamento del Impuesto.

2.3. Modificaciones formales

2.3.1. Establecimiento de obligaciones de documentación

El art. 16.2 TRLIS²⁸ establece una nueva obligación de documentación de las operaciones vinculadas, con remisión al Reglamento para su determinación. Esta obligación se ha desarrollado en la Sección 3ª del Capítulo V del RIS (arts. 18 a 20 RIS).

Además esa misma obligación se extiende, de acuerdo con el párrafo 2º del art. 16.2 TRLIS²⁹, a las operaciones realizadas con residentes en países o territorios calificado de paraíso fiscal, lo que se desarrolla en el art. 21 ter RIS. Como ya se ha comentado, estas obligaciones de documentación han sido modificadas parcialmente por los Reales Decretos ley 6/2010 y 13/2010, así como por el RD 897/2010.

2.3.2. Modificaciones procedimentales

El art. 16.9 TRLIS, desarrollado por el art. 21 RIS, modifica el procedimiento de comprobación del valor normal de mercado de las operaciones vinculadas, simplificando sus trámites y posibilitando tanto el ejercicio de la tasación pericial contradictoria como la interposición de los recursos que procedan contra la liquidación, por todas las personas o entidades afectadas. A este tema nos referiremos con más detalle posteriormente.

b) La aportación de cada persona o entidad participante deberá tener en cuenta la previsión de utilidades o ventajas que cada uno de ellos espere obtener del acuerdo en atención a criterios de racionalidad.

c) El acuerdo deberá contemplar la variación de sus circunstancias o personas o entidades participantes, estableciendo los pagos compensatorios y ajustes que se estimen necesarios.

El acuerdo suscrito entre personas o entidades vinculadas deberá cumplir los requisitos que reglamentariamente se fijen.

²⁸ 16.2 p. 1º TRLIS: Las personas o entidades vinculadas deberán mantener a disposición de la Administración tributaria la documentación que se establezca **reglamentariamente**.

²⁹ 16.2 p. 2º in fine. TRLIS: No obstante, deberán documentarse en todo caso las operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que residan en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, excepto que residan en un Estado miembro de la Unión Europea y el sujeto pasivo acredite que las operaciones responden a motivos económicos válidos y que esas personas o entidades realizan actividades económicas.

2.3.3. Tipificación de nuevas infracciones

Por último otra novedad de la nueva regulación es la tipificación de nuevas infracciones para supuestos de incumplimiento de las obligaciones materiales y formales que establece la nueva normativa. Esta cuestión se regula en el art. 16.10 TRLIS y ha sido objeto también de una modificación puntual por el RD ley 6/2010, lo que se comentará más adelante.

3. Concepto y supuestos de vinculación contable y fiscal

3.1. Vinculación contable

El concepto de vinculación contable se contiene en la Norma de Elaboración de las Cuentas Anuales número 15 (NECA 15), la cual, en su apartado 1, establece que una parte se considera vinculada a otra cuando una de ellas o un conjunto que actúa en concierto, ejerce o tiene la posibilidad de ejercer directa o indirectamente o en virtud de pactos o acuerdos entre accionistas o partícipes, el control sobre otra o una influencia significativa en la toma de decisiones financieras y de explotación de la otra.

En su apartado 2 se desarrolla el concepto, que como más adelante podremos comprobar no es muy lejano del contenido en el art. 16.3 TRLIS:

a) Las empresas que tengan la consideración de empresa del grupo, asociada o multigrupo, en el sentido indicado en la NECA 13:

1. **Empresas del grupo:** La NECA 13 define al grupo contable, en términos más amplios que la definición de grupo mercantil contenida en el art. 42 CCO (el denominado grupo vertical), pues incluye también a los denominados grupos horizontales integrados por empresas que estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias.
2. **Empresas asociadas:** Son aquellas en las que el grupo ejerce influencia significativa en su gestión, lo que se presume, entre otros supuestos³⁰, cuando hay una participación de al menos el 20% en los derechos de voto.

³⁰ En este sentido, se entiende que existe influencia significativa en la gestión de otra empresa, cuando se cumplan los dos requisitos siguientes:

- a) La empresa o una o varias empresas del grupo, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, participan en la empresa, y
- b) Se tenga el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la participada, sin llegar a tener el control.

Asimismo, la existencia de influencia significativa se podrá evidenciar a través de cualquiera de las siguientes vías:

1. Representación en el consejo de administración u órgano equivalente de dirección de la empresa participada;
2. Participación en los procesos de fijación de políticas;
3. Transacciones de importancia relativa con la participada;

3. **Empresas Multigrupo:** Que se caracterizan por estar sometidas a la gestión conjunta de empresas del grupo y de terceros ajenos a éste.

b) Las **personas físicas que posean directa o indirectamente alguna participación** en los derechos de voto de la empresa, o en la entidad dominante de la misma, de manera **que les permita ejercer sobre una u otra una influencia significativa**. Quedan también incluidos **los familiares próximos**³¹ de las citadas personas físicas.

c) El **personal clave de la compañía o de su dominante**, entendiéndose por tal las personas físicas con autoridad y responsabilidad sobre la planificación, dirección y control de las actividades de la empresa, ya sea directa o indirectamente, entre las que se incluyen los administradores y los directivos. Quedan también incluidos los familiares próximos de las citadas personas físicas.

d) Las empresas sobre las que cualquiera de las personas mencionadas en las letras b) y c) pueda ejercer una **influencia significativa**.

e) Las **empresas que compartan algún consejero o directivo** con la empresa, salvo que éste no ejerza una influencia significativa en las políticas financiera y de explotación de ambas.

f) Las personas que tengan la consideración de **familiares próximos del representante del administrador** de la empresa, cuando el mismo sea persona jurídica.

g) Los planes de pensiones para los empleados de la propia empresa o de alguna otra que sea parte vinculada de ésta.

3.2. Vinculación fiscal

Esta cuestión se regula en el art. 16.3 TRLIS, de acuerdo con el cual se considerarán personas o entidades vinculadas, cinco grupos de supuestos:

-
4. Intercambio de personal directivo; o
 5. Suministro de información técnica esencial.

³¹ A los efectos de esta norma, se entenderá por familiares próximos a aquellos que podrían ejercer influencia en, o ser influidos por, esa persona en sus decisiones relacionadas con la empresa. Entre ellos se incluirán:

- a) El cónyuge o persona con análoga relación de afectividad;
- b) Los ascendientes, descendientes y hermanos y los respectivos cónyuges o personas con análoga relación de afectividad;
- c) Los ascendientes, descendientes y hermanos del cónyuge o persona con análoga relación de afectividad; y
- d) Las personas a su cargo o a cargo del cónyuge o persona con análoga relación de afectividad.

3.2.1. Vinculación definida en función del control directo: sociedad-socios o partícipes/administradores y sus parientes

En los tres supuestos contemplados (letras a, b y c del art. 16.3 TRLIS) la participación debe ser no inferior al 5% (o del 1% si cotizan) y además los administradores son tanto los de derecho como los de hecho.

- a) Una entidad y sus socios o partícipes.
- b) Una entidad y sus consejeros o administradores.
- c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores.

3.2.2. Vinculación definida en función del grupo definido en 42.1 CCO

Se contemplan cinco supuestos:

- d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo.
- e) Una entidad y los socios o partícipes de otra entidad (antes sociedad), cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- f) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad (antes sociedad), cuando ambas entidades (antes sociedades) pertenezcan a un grupo.
- g) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes de otra entidad cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- l) Dos entidades que forman parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas.

3.2.3. Vinculación definida en función de la participación indirecta

Contempla dos supuestos (letras h e i):

- h) Una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o de los fondos propios.
- i) Dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o los fondos propios.

3.2.4. Vinculación entre casa central y sus sucursales en casos vinculados a la fiscalidad internacional

Se contemplan dos supuestos (letras j y k):

- j) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero
- k) Una entidad no residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el mencionado territorio.

3.3. Diferencias entre los conceptos contable y fiscal de vinculación

3.3.1. La vinculación definida en función del control socio-consejero-familiar con la entidad tiene un perímetro diferente.

- Así en el ámbito contable, si bien no se especifica el porcentaje de participación, que en el ámbito fiscal ha de ser de al menos el 5% (1% si hay cotización en un mercado regulado), se exige que la participación en los derechos de voto sea suficiente para ejercer una influencia significativa sobre la entidad.
- Por otra parte el concepto de familiar próximo es diferente, pues a efectos contables es más amplio ya que incluye personas que sin ser familiares legales, se encuentren en una situación análoga, y a la vez más estricto, pues se limita al 2º grado en línea recta o colateral, consanguínea o por afinidad, frente al tercer grado que contempla la norma fiscal.
- Por último la norma fiscal limita la vinculación a los consejeros, mientras que la contable incluye no sólo a éstos, sino también al personal clave de la compañía o de su dominante, que incluye tanto a administradores como a personal directivo y, en ambas normas se incluyen también a sus familiares próximos definidos en los términos ya vistos.

3.3.2. Una participación directa del 20% comporta tanto asociación a efectos contables como vinculación a efectos fiscales. Por el contrario si la participación es indirecta, sigue habiendo asociación y por tanto vinculación contable, pero no necesariamente habrá vinculación fiscal, si el porcentaje de dominio indirecto es inferior al 25% y no se consigue dicho porcentaje a través de una empresa del grupo (pues en tal caso la vinculación no viene por la letra h, sino por la letra e del mencionado 16 TRLIS).

3.3.3. El concepto contable de grupo es más amplio que el fiscal, pues este toma como referencia el grupo mercantil definido en el art. 42 CCO.

3.3.4. La utilización de presunciones es más intensa en el ámbito contable que en el fiscal, en el que prácticamente se limita a los administradores de hecho, pues en el concepto contable de vinculación se incluyen, entre otros supuestos, las **empresas que compartan algún consejero o directivo** con la empresa, salvo que éste no ejerza una influencia significativa en las políticas financiera y de explotación de ambas.

En resumen, los conceptos de vinculación contable y fiscal, si bien no coinciden exactamente, podemos concluir que son muy próximos y que coincidirán en la mayoría de los casos reales.

4. Métodos de valoración de operaciones vinculadas en los ámbitos contable y fiscal

4.1. Recepción métodos de valoración de la OCDE

4.1.1. Análisis de comparabilidad

De acuerdo con lo establecido en las directrices de la OCDE, la aplicación del principio de plena competencia se basa generalmente en la comparación de las condiciones de una

operación vinculada con las condiciones de las operaciones entre empresas independientes.

Por tanto es imprescindible realizar lo que las directrices denominan un análisis de comparabilidad, para lo cual las directrices han enumerado varios factores determinantes de la comparabilidad, entre los que incluyen las características de los activos o de los servicios, el análisis funcional³², las cláusulas contractuales, las circunstancias económicas y las estrategias mercantiles realizadas por las partes.

Además las directrices contemplan, en otros supuestos, la identificación de las operaciones realmente efectuadas, la evaluación de operaciones separadas o combinadas, la utilización de un rango de plena competencia y de datos de varios años

4.1.2. Métodos tradicionales basados en las operaciones

El capítulo II de las directrices de la OCDE aplicables en materia de Precios de transferencia a Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias regula los métodos tradicionales basados en las operaciones, entre los que incluye el método del precio libre comparable, el método del precio de reventa y el método del coste incrementado, todos ellos han sido objeto de recepción en el art. 16.4 TRLIS.

4.1.3. Métodos del beneficio de la operación

Se regulan en el capítulo III de las directrices, que cita el método de reparto del beneficio global obtenido frente a terceros, entre las partes vinculadas y el método del margen neto transaccional, que consiste en determinar un margen neto de mercado, obtenido por otras empresas no vinculadas y aplicarlo a las operaciones entre vinculadas.

4.2. Regulación en el impuesto sobre sociedades

4.2.1. Análisis de comparabilidad

Los principios y criterios contenidos en las directrices de la OCDE han sido incorporados a nuestro derecho interno, en el art. 16 RIS, apartados 1 a 5, siendo de destacar que el análisis de comparabilidad incumbe a todo contribuyente que sea parte en una operación vinculada, pues a diferencia del sistema anterior en que la carga de la prueba recaía exclusivamente sobre la Administración Tributaria, tras la reforma las operaciones vinculadas deberán ser documentadas por las partes intervinientes.

³² En las relaciones comerciales entre dos empresas independientes, **la remuneración reflejará las funciones desempeñadas por cada empresa** (teniendo en cuenta los activos utilizados y los riesgos asumidos). Por tanto, para determinar si son comparables entre sí operaciones vinculadas y no vinculadas o entidades asociadas e independientes, es necesario comparar las tareas asumidas por las partes y valorar los riesgos asumidos por cada una de ellas.

El apartado 1 del art. 16 RIS establece la obligatoriedad del análisis de comparabilidad³³, exigiendo que las operaciones sean equiparables y en el apartado 4 se define lo que ha de entenderse por equiparabilidad y se establece expresamente que el análisis de comparabilidad forma parte de la documentación de la operación vinculada, obligatoria conforme al artículo 16.2 TRLIS, desarrollado por el art. 20 RIS. Además, conforme al apartado 5 del mismo artículo 16 RIS, tanto el análisis de comparabilidad como la información sobre operaciones equiparables son determinantes de la elección del método de valoración más adecuado.

Respecto de los factores determinantes del análisis de comparabilidad, el art. 16.2 RIS enumera prácticamente los mismos que constan en el capítulo I de las directrices especificando expresamente que el obligado tributario es quien debe realizar dicho análisis de comparabilidad, e indicar los comparables internos y externos que ha tenido en cuenta y, en ausencia de datos sobre comparables de empresas independientes o cuando la fiabilidad de los disponibles sea limitada, el obligado tributario deberá documentar dichas circunstancias. Los factores determinantes citados en dicho apartado 2 son los siguientes:

1. **LAS CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DE LOS BIENES O SERVICIOS OBJETO DE LAS OPERACIONES VINCULADAS:** Es esta materia se plantean innumerables problemas dada la creciente tendencia a la diferenciación del producto observada en el mercado, dado que las empresas tratan de modificar las características de los bienes y servicios que ofrecen para generar su propio mercado (competencia monopolística), lo que se consigue también con la potenciación de la marca. No obstante, en un análisis de comparabilidad no deben tenerse en cuenta las características secundarias o no relevantes, cuya única finalidad es diferenciar el producto de los de la competencia (un ejemplo típico son los medicamentos de marcas conocidas, que comparten el mismo principio activo que un genérico).
2. **LAS FUNCIONES ASUMIDAS POR LAS PARTES:** Siempre en relación con las operaciones objeto de análisis, identificando los riesgos asumidos y ponderando, en su caso, los activos utilizados.
3. **LOS TÉRMINOS CONTRACTUALES:** De los que, en su caso, se deriven las operaciones teniendo en cuenta las responsabilidades, riesgos y beneficios asumidos por cada parte contratante.
4. **LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS MERCADOS:** En los que se entregan los bienes o se prestan los servicios, u otros factores económicos que puedan afectar a las operaciones vinculadas.
5. **CUALQUIER OTRA CIRCUNSTANCIA QUE SEA RELEVANTE EN CADA CASO:** Como las estrategias comerciales.

4.2.2. Métodos principales para determinar el valor normal de mercado

El art. 16.4 TRLIS establece que para la determinación del valor normal de mercado se aplicará alguno de los siguientes métodos:

³³ 16.1 TRLIS.

A) MÉTODO DEL PRECIO LIBRE COMPARABLE:

Equivale al Comparable uncontrolled price method -CUP- citado en las directrices de la OCDE) y se basa en el precio de mercado, por el que se compara el precio del bien o servicio en una operación entre personas o entidades vinculadas con el precio de un bien o servicio idéntico o de características similares en una operación entre personas o entidades independientes en circunstancias equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.

Este método plantea importantes problemas prácticos, pues no siempre es posible disponer de información sobre transacciones comparables entre empresas independientes, por lo que en la práctica totalidad de los casos exige la realización de un análisis de comparabilidad y la realización de ajustes, siempre discutibles. Además debe tenerse en cuenta que la tendencia a la diferenciación de los productos, tanto en la marca, como en algunos elementos cualitativos (color, sabor etc.) dificultan enormemente el uso de comparables externos.

B) MÉTODO DEL COSTE INCREMENTADO

Equivale al "cost plus method" de las directrices de la OCDE y consiste en añadir al valor de adquisición o coste de producción del bien o servicio el margen habitual en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.

Este método, según las directrices, es más útil cuando se venden productos semiacabados entre dos partes vinculadas, habiéndose concluido unos acuerdos de puesta en común de equipos u otros de compra-aprovisionamiento a largo plazo o cuando la operación vinculada consiste en la prestación de servicios, no obstante plantea el problema de determinar dicho margen habitual, sobre todo cuando no hay comparables externos ni internos, como ocurre cuando una empresa trabaja en exclusiva para otra, realizando una maquila sobre sus productos, la cual a su vez únicamente recibe dicho servicio de la vinculada y no hay datos fiables de mercado sobre dicho servicio ni empresas maquiladoras cuya actividad pudiera ser comparable y cuyos márgenes pudieran servir como de mercado.

C) MÉTODO DEL PRECIO DE REVENTA

Es el denominado "Resale price method" de las directrices y consiste en sustraer del precio de venta de un bien o servicio el margen que aplica el propio revendedor en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.

Este método es más útil cuando se aplica a actividades de comercialización.

4.2.3. Métodos de valoración subsidiarios

Al igual que en los principales, el art. 16.4 TRLIS ha incorporado a nuestro derecho los mismos métodos contemplados en las directrices de la OCDE y se aplican cuando, debido a la complejidad o a la información relativa a las operaciones no puedan aplicarse adecuadamente los métodos anteriores, debiendo utilizarse bien el método de la distribución del resultado, bien el método del margen neto del conjunto de operaciones:

A) MÉTODO DE LA DISTRIBUCIÓN DEL RESULTADO

Es el denominado "Profit Split method" en las directrices de la OCDE y consiste en asignar a cada persona o entidad vinculada que realice de forma conjunta una o varias operaciones la parte del resultado común derivado de dicha operación u operaciones, en función de un criterio que refleje adecuadamente las condiciones que habrían suscrito personas o entidades independientes en circunstancias similares.

En definitiva se determina primero el beneficio obtenido por el conjunto de empresas vinculadas que operan en cadena (vg. fabricante-mayorista-minorista y en general al menos desde que los principales proveedores y los principales clientes son personas o entidades no vinculadas) y a continuación se distribuye dicho beneficio entre las empresas vinculadas que han contribuido a su obtención en función de la contribución objetiva de cada una de ellas a dicho beneficio global, es decir en función de los activos empleados, los riesgos asumidos etc., lo que, en definitiva, exige un análisis funcional. Las directrices contemplan dos modalidades para su cálculo: el análisis de aportaciones, que reparte los beneficios conjuntos atendiendo al valor relativo de las funciones desarrolladas por cada vinculada y el análisis residual.

B) MÉTODO DEL MARGEN NETO DEL CONJUNTO DE OPERACIONES

Es el denominado por las directrices "Transactional net margin method o TNMM" y consiste en atribuir a las operaciones realizadas con una persona o entidad vinculada el resultado neto, calculado sobre costes, ventas o la magnitud que resulte más adecuada en función de las características de las operaciones, que el contribuyente o, en su caso, terceros habrían obtenido en operaciones idénticas o similares realizadas entre partes independientes, efectuando, cuando sea preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de las operaciones.

Este método es el más sencillo de aplicar, ya que no exige un análisis de comparabilidad complicado, al no ser necesario determinar ni las funciones ni los riesgos asumidos por cada parte vinculada, siendo además menos sensibles los márgenes que los precios.

No obstante el método precisa disponer de información financiera de los márgenes netos de mercado, lo que solo puede obtenerse a partir de otras empresas comparables (en volumen de operaciones, número de empleados etc.), lo que obliga a utilizar bases de datos empresariales, como es el caso de la conocida base Amadeus, que publica el bureau Van Dick. No obstante será necesario realizar ajustes, cuando las empresas de referencia no sean comparables.

5. Valor convenido distinto del valor normal de mercado: ajustes primario y secundario contable y fiscal

5.1. Tratamiento contable de las operaciones entre partes vinculadas: ajustes contables por diferencias entre valor convenido y valor razonable

En el nuevo Plan General de Contabilidad se contempla tanto el principio de prevalencia del fondo sobre la forma, promulgado en el art. 34.2 CCo tras su reforma por ley 16/2007 como la contabilización a valor razonable de las operaciones entre empresas del grupo, de acuerdo con la NRV 21, lo que determina la realización de ajustes contables,

tanto primarios y secundarios, en términos muy similares a los previstos en el art. 16 TR LIS.

5.1.1. El principio de prevalencia del fondo sobre la forma previsto en el art. 34.2 CCO y en el marco conceptual del NPGC

5.1.1.1. *La posición del ICAC³⁴ bajo la vigencia del anterior PGC³⁵*

Aunque limitada a ciertas operaciones intragrupo y en relación con el reflejo en las cuentas individuales el ICAC ha venido sosteniendo en diversas consultas³⁶ que estas operaciones deben analizarse, de acuerdo con el principio de imagen fiel, atendiendo al fondo económico de la operación y, por tanto, a su verdadera naturaleza, con independencia de la forma jurídica empleada

Por tanto el ICAC, incluso con el anterior PGC y referido a operaciones intragrupo (no a las operaciones vinculadas en general), admite el principio de calificación contable con prevalencia del fondo sobre la forma jurídica.

5.1.1.2. *El art. 34.2 CCO en la redacción dada por Ley de Reforma Mercantil (ley 16/2007)*

La ley 16/2007 llevó a cabo una profunda reforma mercantil y contable, que afectó, entre otros al art. 34.2 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual:

“Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica”.

Esta importante regla de calificación contable, equivale al principio de calificación fiscal a que se refiere el art. 13 LGT, de acuerdo con el cual:

“Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez”.

En ambos casos la función calificadora permite prescindir de la forma para poder atender a la verdadera naturaleza de la operación.

5.1.1.3. *El marco conceptual NPGC³⁷*

La parte primera del nuevo PGC, se dedica al denominado Marco conceptual, y el apartado 1º del mismo reitera el principio de imagen fiel que justifica la prevalencia del fondo sobre la forma, en el ámbito contable:

³⁴ Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

³⁵ Plan General de Contabilidad de 1990.

³⁶ Consultas nros 11 del BOICAC 48 y 3 del BOICAC 64 y nota de 25/4/2005.

³⁷ Nuevo Plan General de Contabilidad aprobado por RD 1547/2007.

*1º.- Cuentas anuales. Imagen fiel: Las cuentas anuales deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. La aplicación sistemática y regular de los requisitos, principios y criterios contables incluidos en los apartados siguientes deberá conducir a que las cuentas anuales muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. **A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.***

5.1.2. Aplicación del valor razonable a las operaciones entre empresas del grupo

De acuerdo con la Norma de Registro y Valoración número 21 (en adelante NRV 21³⁸) y como regla general, las operaciones entre empresas del grupo se contabilizarán por su valor razonable.

Este mismo criterio ha de ser aplicable por analogía a las operaciones con empresas asociadas o con empresas multigrupo, en virtud del principio de prevalencia del fondo sobre la forma establecido en el artículo 34.2 CCo.

De lo anterior se deduce que cuando resulte de aplicación la NRV 21, por tratarse de operaciones entre empresas del grupo, se contabilizará a valor razonable, lo que determina la aparición de una diferencia si dicho valor razonable no coincide con el valor convenido. Esa diferencia, desde el punto de vista contable, exige realizar dos ajustes contables:

5.1.2.1. *Un ajuste contable primario*, consistente en reflejar contablemente la operación a su valor razonable y no al valor convenido.

5.1.2.2. *Un ajuste secundario*, para reflejar el desplazamiento patrimonial que surge por la diferencia entre ambos valores.

Así si el desplazamiento patrimonial se produce en contra del sujeto contable, que pierde tesorería (real o potencial y actual o futura si la operación es a crédito) deberá reflejar en su contabilidad una disminución en su patrimonio neto, bien directamente (vg por

³⁸ Norma de Registro y Valoración 21: 1.- Alcance y regla general,

La presente norma será de aplicación a las operaciones realizadas entre empresas del mismo grupo, tal y como éstas quedan definidas en la norma 13.ª de elaboración de las cuentas anuales.

Las operaciones entre empresas del mismo grupo, con independencia del grado de vinculación entre las empresas del grupo participantes, se contabilizarán de acuerdo con las normas generales.

En consecuencia, con carácter general, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente, los elementos objeto de la transacción se contabilizarán en el momento inicial por su valor razonable. En su caso, si el precio acordado en una operación difiere de su valor razonable, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación. La valoración posterior se realizará de acuerdo con lo previsto en las correspondientes normas.

reparto de beneficios o reservas o por devolución de aportaciones a sus socios), bien indirectamente, reflejando un gasto (v.g. una donación, si no es posible encontrar una causa onerosa).

Por el contrario, si el desplazamiento patrimonial es a su favor, deberá reflejar en su contabilidad, como contrapartida de su mejora en la tesorería (igualmente real o potencial y actual o futura si la operación es a crédito) bien un aumento en sus fondos propios por aportaciones de sus socios, bien un aumento indirecto en dichos fondos propios cuando deba calificarse de ingreso contable (dividendo, donación recibida etc.) e incluso una disminución del valor contable de su inversión en la vinculada si se entiende que se ha producido una devolución de aportaciones.

El tratamiento contable anterior puede aplicarse también en otras operaciones vinculadas en las que, en virtud del principio de imagen fiel, y su consecuencia de prevalencia del fondo sobre la forma (art. 34.2 CCO) se deba contabilizar por el valor razonable.

Para la práctica de dichos ajustes contables debe tenerse en cuenta además lo dispuesto en la NRV 18.2³⁹, las consultas del ICAC, entre otras, las relativas a la condonación de deudas entre empresas del grupo (consulta 4 publicada en el BOICAC⁴⁰ 79), a gastos de personal de sociedades dependientes asumida por la dominante (consulta 7 publicada en el BOICAC 75) y al tratamiento contable de los préstamos intragrupo (consulta 6 publicada en el BOICAC 79).

5.2. Ajustes fiscales por diferencias entre valor convenido y valor normal de mercado

5.2.1. Ajustes primario y correlativo

El art. 16.1⁴¹ TRLIS impone a efectos fiscales la valoración de las operaciones entre partes vinculadas por su valor normal de mercado.

³⁹ **NRV.18.2. Subvenciones, donaciones y legados otorgados por socios o propietarios.**

Las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables recibidos de socios o propietarios, no constituyen ingresos, debiéndose registrar directamente en los fondos propios, independientemente del tipo de subvención, donación o legado de que se trate. La valoración de estas subvenciones, donaciones y legados es la establecida en el apartado 1.2 de esta norma.

⁴⁰ Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

⁴¹ 16.1 TRLIS.

1º. Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado. Se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia.

2º. La Administración tributaria podrá comprobar que las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se han valorado por su valor normal de mercado y efectuará, en su caso, las correcciones valorativas que procedan respecto de las operaciones sujetas a este Impuesto, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de No Residentes que no hubieran sido valoradas por su valor normal de mercado, con la documentación aportada por el sujeto pasivo y los datos e información de que disponga. La Administración tributaria quedará vinculada por dicho valor en relación con el resto de personas o entidades vinculadas.

Ello posibilita que la Administración Tributaria pueda comprobar que los valores convenidos coinciden con los de mercado en las operaciones entre partes vinculadas y determina un primer ajuste fiscal por la diferencia, que es el denominado ajuste primario y su correlativo.

Mediante este ajuste se pretende exclusivamente que la valoración se refleje a efectos fiscales por su valor normal de mercado, lo que comporta una mayor renta en una de las partes y una menor renta (en el ejercicio o en otros posteriores) en la otra parte vinculada que interviene en la operación.

Por tanto el ajuste primario y su correlativo se neutralizan en términos de bases imponibles de los impuestos que gravan la renta (IRPF, IS e IRNR), bien en el propio ejercicio o considerando los efectos futuros del ajuste.

Lógicamente si la empresa ha contabilizado la operación a su valor razonable, y siempre que este coincida con el valor normal de mercado (lo que será el caso general), no será preciso realizar ajustes extracontables por el concepto de ajuste primario y correlativo, al estar ya ajustados contablemente.

5.2.2. Ajuste secundario

Mediante el ajuste secundario ha de calificarse fiscalmente la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia del desplazamiento patrimonial provocado por la aplicación de valores distintos de los normales de mercado.

El ajuste secundario se regula en el art.16.8 en los siguientes términos:

16.8 TRLIS. En aquellas operaciones en las cuales el valor convenido sea distinto del valor normal de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia.

En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá, en la proporción que corresponda al porcentaje de participación en la entidad, la consideración de participación en beneficios de entidades si dicha diferencia fuese a favor del socio o partícipe, o, con carácter general, de aportaciones del socio o partícipe a los fondos propios si la diferencia fuese a favor de la entidad.

El segundo párrafo del mencionado 16.8 TRLIS impone una calificación determinada cuando la vinculación sea entre un socio o partícipe y la entidad en que participa, si bien dicha calificación se limita a la parte proporcional a la participación.

La valoración administrativa no determinará la tributación por este Impuesto ni, en su caso, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado. Para efectuar la comparación se tendrá en cuenta aquella parte de la renta que no se integre en la base imponible por resultar de aplicación algún método de estimación objetiva.

La diferencia, si es a favor del socio, será considerada fiscalmente participación en beneficios de entidades; por el contrario, si el desplazamiento es a favor de la sociedad, se calificará fiscalmente de aportación a los fondos propios de la entidad.

El mencionado segundo párrafo omite tres cuestiones:

1. La calificación de la parte del desplazamiento que no se corresponda con el porcentaje de participación.
2. La existencia de otro posible tratamiento en la sociedad cuando el desplazamiento es a favor del socio y aquella no tiene beneficios o reservas que repartir o se acreditan otras causas que lo justifiquen.
3. El tratamiento en el socio cuando el desplazamiento es a favor de la sociedad, que implícitamente debe ser la de mayor valor fiscal de la participación, en correlación con la calificación de aportación a los fondos propios de ésta.

El art. 21 bis del RIS ha desarrollado reglamentariamente el art. 16.8 TRLIS.

En su apartado 1 se limita a reproducir textualmente el párrafo primero del 16.8 TRLIS, por lo que no añade nada nuevo a la regla general de calificación de la operación secundaria.

El apartado 2 desarrolla el mencionado párrafo 2º del art. 16.8 TRLIS y resuelve las tres cuestiones que éste había dejado pendientes, ya que:

1. Califica la parte del desplazamiento que no se corresponda con la participación, que será, bien utilidad percibida por la condición de socio, bien liberalidad, según que el desplazamiento sea a favor o en contra del socio.
2. Especifica que, para la sociedad, cuando el desplazamiento sea a favor del socio, será en todo caso una retribución de fondos propios.
3. Aclara que cuando el desplazamiento es a favor de la sociedad, y por la parte que corresponda a la participación del socio, se incrementará el valor fiscal de su participación.

La rigidez de esa calificación se compensa con la posibilidad de otra calificación, de acuerdo con el art. 21.bis.3 RIS.

21.bis.3 RIS.- La calificación de la renta puesta de manifiesto por la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor convenido, podrá ser distinta de la prevista en el apartado 2 anterior, cuando se acredite una causa diferente a las contempladas en el citado apartado 2.

Esta posibilidad no estaba prevista en el art. 16.8 TRLIS y, de acuerdo con el tenor literal del 21.bis.3 RIS no se limita a la parte que había quedado sin regular por el 16.8 TRLIS, es decir el desplazamiento que no se corresponde con el porcentaje de participación, sino que afecta a todos los supuestos contemplados en el art. 21.bis.2 RIS y por tanto también a la parte del desplazamiento que se corresponde con el porcentaje de participación.

Al igual que se ha mencionado antes, el ajuste secundario determinará para la parte que se beneficia del desplazamiento un ingreso contable, una reducción del coste fiscal de la participación en la vinculada o un aumento de fondos propios por aportación de los socios. Para la parte que sufre el desplazamiento se producirá bien una reducción de su patrimonio neto, bien un gasto que ordinariamente se calificará fiscalmente de liberalidad.

Si la empresa ha realizado los pertinentes ajustes de su contabilidad a valor razonable, ello deberá tenerse en cuenta al realizar el ajuste secundario fiscal, que podrá no coincidir con lo realizado contablemente, lo que determinará ajustes extracontables.

La norma no contempla ninguna regla especial para practicar el ajuste secundario cuando la relación no es del socio o participe con la entidad en que participa. En tales casos y sobre la base del párrafo primero del art. 16.8 TRLIS, será necesario calificar la verdadera naturaleza del desplazamiento provocado por la aplicación de precios distintos de los de mercado.

En las operaciones entre empresas del grupo, en los términos del art. 42 CCO, que no estén vinculadas accionarialmente (vg. sociedades hermanas vinculadas por un socio común que las domina), la solución pasará por imputar el desplazamiento al socio común (v.g. la sociedad dominante), la cual recibirá el desplazamiento patrimonial en concepto de dividendo o utilidad y trasladará dicho desplazamiento a la otra sociedad en concepto de aportación a sus fondos propios.

En las operaciones con personas físicas vinculadas por su carácter de familiares próximos de socios, el desplazamiento patrimonial de la sociedad hacia éstos habrá de calificarse de donación de los socios hacia dichos familiares, por lo que será necesario realizar dos ajustes secundarios, uno entre la sociedad y sus socios y otro entre éstos y sus familiares, sujeto al impuesto sobre donaciones.

5.2.3. Efectos en la tributación por impuestos sobre la renta (IS e IRPF): ejercicio actual y futuros

5.2.3.1. *En el impuesto sobre sociedades: especial referencia a la deducción por doble imposición*

El ajuste primario será neutral en términos de bases imponibles (del propio ejercicio o posteriores) en el Impuesto sobre Sociedades si todos los intervinientes son sujetos pasivos de este impuesto. Es decir no provocará por sí mismo una mayor tributación.

Por el contrario el ajuste secundario no siempre será neutral, especialmente cuando no sea aplicable la deducción por doble imposición de dividendos o se califique de liberalidad.

Cuando el desplazamiento es a favor del socio o partícipe, con participación directa o indirecta, el art. 30 TRLIS contempla una deducción por doble imposición de dividendos que se limita, de acuerdo con el art. 21.bis. 2.a RIS, a la parte que corresponde a la participación. Dicha deducción neutraliza totalmente el efecto en la B.I.⁴² del IS del ajuste secundario.

⁴² Base Imponible.

Por el contrario la parte del desplazamiento a favor del socio o partícipe, que no se corresponda con su porcentaje de participación, se califica fiscalmente de utilidad percibida por su condición de socio, que no puede disfrutar de dicha deducción por doble imposición, por lo que tributa efectivamente en el IS, determinando una sobreimposición respecto de la situación de plena competencia.

Y en el caso de que el desplazamiento sea a favor de la sociedad, la parte que se corresponda con el porcentaje de participación del socio es neutral para ambos, pues se califica de aportación de los socios a los fondos propios que incrementa el valor fiscal de su participación, por lo que será fiscalmente neutral.

Pero la que no se corresponda con dicho porcentaje, la sociedad tendrá que computar un ingreso fiscal por liberalidad recibida (la norma lo califica directamente de renta) y el socio no podrá incrementar el valor fiscal de su participación ni deducirlo como gasto con efectos fiscales, ya que se califica de liberalidad.

5.2.3.2. En el IRPF⁴³ de las personas físicas intervinientes

Los efectos del ajuste primario son igualmente neutrales, si bien ha de tenerse en cuenta que en el caso de operaciones a plazos o con precio aplazado, no resulta aplicable la regla especial de imputación temporal prevista en el art. 14.2.d de la LR, sino la general del art. 14.1.c, que obliga a tributar por el ajuste en el año de la alteración patrimonial.

Por el contrario, el ajuste secundario, cuando suponga la calificación de dividendo o utilidad para el socio, no será neutral, pues el socio no podrá aplicar la deducción por doble imposición de dividendos, pero tributará con el tipo blando de la renta del ahorro, frente a la que habría correspondido en el ajuste primario, que normalmente tributará como renta general. En general el ajuste provocará una mayor o menor tributación conjunta de los intervinientes en la operación vinculada, dependiendo del tipo de gravamen efectivo aplicable al socio en el IRPF y a la sociedad en el IS.

Si el desplazamiento es a favor de la entidad, el socio o partícipe persona física podrá incrementar el valor fiscal de su participación, pero sólo en la parte de dicho desplazamiento que se justifique por su porcentaje de participación, por el resto el efecto será igual que en el IS, provocando la correspondiente sobreimposición respecto de la situación de plena competencia.

5.2.3.3. Comparación de la tributación resultante con la de plena competencia

A) IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Si todos los intervinientes en la operación son sujetos pasivos de este impuesto y la relación de vinculación es socio o partícipe entidad y la participación es del 100%, la situación resultante es similar a la de plena competencia, en términos de tributación por IS.

⁴³ Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Por el contrario, si la participación es inferior a dicho porcentaje, se pierde una parte de la deducción por doble imposición o se califica una parte del desplazamiento como liberalidad, lo que determina una sobre imposición respecto de la situación de plena competencia en la que se habrían aplicado valores de mercado.

Si la relación de vinculación es cualquier otra, el ajuste secundario determinará una sobreimposición consecuencia de la calificación de liberalidad para alguna de las partes intervinientes, del importe total del desplazamiento patrimonial. No obstante lo anterior, cuando la relación de vinculación sea la de familiar próximo de un socio o partícipe, el ajuste indirecto a que antes se ha hecho referencia (consistente en imputar a los socios el desplazamiento patrimonial, sin perjuicio de su calificación como donación de éstos a sus familiares) conduce a una situación similar a las operaciones socio-sociedad.

B) IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Si alguno de los intervinientes es socio persona física, cualquiera que sea el porcentaje de su participación en la entidad, el ajuste no será en general neutral, debido al hecho de que si el ajuste primario afecta a la parte general de la B.I. del IRPF tributará o desgravará a tipo marginal, mientras que el ajuste secundario, de afectar a la B.I. del IRPF, normalmente tributará o desgravará en el futuro en la renta del ahorro (19-21% en 2011), lo que impide, a priori, determinar el impacto neto del ajuste fiscal en todos los intervinientes.

En el caso de los consejeros no socios, el ajuste secundario provocará una liberalidad que será renta para quien la perciba y no será gasto fiscalmente deducible para el pagador.

Si las personas físicas intervinientes son familiares de socios, se producirá el ajuste indirecto a que ante se ha hecho referencia, con efectos el Impuesto sobre Donaciones.

5.2.4. Efectos en otros tributos

5.2.4.1. Impuesto sobre sucesiones y donaciones

Cuando el desplazamiento patrimonial no pueda explicarse con una causa onerosa ni en una operación societaria (distribución o aportación a los fondos propios de una entidad), deberá analizarse si comporta una donación u otro negocio lucrativo, bien entre los intervinientes en la operación o con otras personas relacionadas con éstos.

A tal efecto debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 618 del Código Civil:

“La donación es un acto de liberalidad por el cual un persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”.

A continuación habrá que analizar si se realiza el Hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones:

Artículo 3 ley 29/87.- Hecho imponible([8])

1. Constituye el hecho imponible:

b) La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, «inter vivos».

De considerarse aplicable este hecho imponible, ello afectaría al coste fiscal de adquisición de la participación de los donatarios que sean socios, que se incrementaría en ese mismo importe a efectos de futuras plusvalías, de acuerdo con el art. 36 de la ley 35/06, reguladora del IRPF.

5.2.4.2. Impuesto sobre operaciones societarias

El ajuste secundario, cuando el desplazamiento es a favor de la entidad, se calificará (por la parte proporcional a la participación) como aportación de sus socios, sin que ello suponga un aumento de su capital social, lo que constituye el hecho imponible del impuesto sobre Operaciones Societarias, que tributará al 1%, en aplicación de lo dispuesto en la nueva redacción del art. 19 TR ITP-AJD⁴⁴, dada por la ley 4/08:

«Artículo 19.

1.- Son operaciones societarias sujetas:

2º. Las aportaciones que efectúen los socios que no supongan un aumento del capital social».

antes decía:

«2º. Las aportaciones que efectúen los socios para reponer pérdidas sociales».

5.3. Conclusiones

De lo anterior se deduce que tanto en el ámbito contable como en el fiscal la realización de operaciones a precios convenidos diferentes de los de mercado determina sendos ajustes, uno para que la operación se compute a su valor de mercado (ajuste primario) y otro para calificar el desplazamiento patrimonial a favor o en contra de los intervinientes, que se produce por la diferencia entre los valores convenidos y los de mercado (ajuste secundario).

En ambos ámbitos, contable y fiscal, es preciso pues realizar tanto una valoración (a valor razonable en la contabilidad y a valor de mercado en la fiscalidad) como una calificación contable o fiscal del correspondiente desplazamiento patrimonial.

Es posible que el valor razonable determinado a efectos contables no coincida con el valor de mercado aplicable a efectos fiscales, pero eso será en supuestos residuales, de manera que en la mayoría de los casos, si se contabiliza a valor razonable no será preciso realizar ajustes fiscales (primario y su correlativo en la otra parte vinculada).

⁴⁴ Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Del mismo modo es mayor la posibilidad de que la calificación del desplazamiento patrimonial en que consiste el ajuste secundario contable, no coincida con el ajuste secundario a efectos fiscales y ello es debido a la calificación imperativa incluida en el art. 16.8 párrafo 2º TRLIS y su desarrollo reglamentario en el art. 21 bis RIS (especialmente en su apartado 2). Pese a ello existe la posibilidad de que en una reinterpretación sobre la base del art. 21 bis.3 RIS, que concilie ambas calificaciones contable y fiscal.

6. Documentación contable y fiscal de las operaciones entre partes vinculadas

6.1. Información sobre operaciones vinculadas que ha de constar en la memoria

El Nuevo Plan General de Contabilidad dedica su tercera parte a las cuentas anuales y, entre dichos documentos se incluye la Memoria, cuyo contenido se desarrolla en dicha parte del PGC. Entre la información que ha de constar en la Memoria, el apartado 23 se refiere a la información sobre operaciones vinculadas, que deberá incluir los siguientes extremos:

1. La información sobre operaciones con partes vinculadas se suministrará separadamente para cada una de las siguientes categorías: a) Entidad dominante; b) Otras empresas del grupo. c) Negocios conjuntos en los que la empresa sea uno de los partícipes. d) Empresas asociadas. e) Empresas con control conjunto o influencia significativa sobre la empresa. f) Personal clave de la dirección de la empresa o de la entidad dominante. g) Otras partes vinculadas.

2. La empresa facilitará información suficiente para comprender las operaciones con partes vinculadas que haya efectuado y los efectos de las mismas sobre sus estados financieros, incluyendo, entre otros, los siguientes aspectos:

- a) Identificación de las personas o empresas con las que se han realizado las operaciones vinculadas, expresando la naturaleza de la relación con cada parte implicada.*
- b) Detalle de la operación y su cuantificación, expresando la política de precios seguida, poniéndola en relación con las que la empresa utiliza respecto a operaciones análogas realizadas con partes que no tengan la consideración de vinculadas. Cuando no existan operaciones análogas realizadas con partes que no tengan la consideración de vinculadas, los criterios o métodos seguidos para determinar la cuantificación de la operación.*
- c) Beneficio o pérdida que la operación haya originado en la empresa y descripción de las funciones y riesgos asumidos por cada parte vinculada respecto de la operación.*
- d) Importe de los saldos pendientes, tanto activos como pasivos, sus plazos y condiciones, naturaleza de la contraprestación establecida para su liquidación, agrupando los activos y pasivos por tipo de instrumento financiero (con la estructura que aparece en el balance de la empresa) y garantías otorgadas o recibidas.*
- e) Correcciones valorativas por deudas de dudoso cobro relacionadas con los saldos pendientes anteriores.*
- f) Gastos reconocidos en el ejercicio como consecuencia de deudas incobrables o de dudoso cobro de partes vinculadas.*

3. En todo caso, deberá informarse de los siguientes tipos de operaciones con partes vinculadas:

- a) Ventas y compras de activos corrientes y no corrientes.
- b) Prestación y recepción de servicios.
- c) Contratos de arrendamiento financiero.
- d) Transferencias de investigación y desarrollo.
- e) Acuerdos sobre licencias.
- f) Acuerdos de financiación, incluyendo préstamos y aportaciones de capital, ya sean en efectivo o en especie.

En las operaciones de adquisición y enajenación de instrumentos de patrimonio, se especificará el número, valor nominal, precio medio y resultado de las mismas, especificando el destino final previsto en el caso de adquisición.

- g) Intereses abonados y cargados; así como aquellos devengados pero no pagados o cobrados.
- h) Dividendos y otros beneficios distribuidos.
- i) Garantías y avales.
- j) Remuneraciones e indemnizaciones.
- k) Aportaciones a planes de pensiones y seguros de vida.
- l) Prestaciones a compensar con instrumentos financieros propios.
- m) Compromisos en firme por opciones de compra o de venta u otros instrumentos que puedan implicar una transmisión de recursos o de obligaciones entre la empresa y la parte vinculada.
- n) Acuerdo de reparto de costes en relación con la producción de bienes y servicios que serán utilizados por varias partes vinculadas.
- o) Acuerdos de gestión de tesorería, y
- p) Acuerdos de condonación de deudas y prescripción de las mismas.

4. La información anterior podrá presentarse de forma agregada cuando se refiera a partidas de naturaleza similar. En todo caso, se facilitará información de carácter individualizado sobre las operaciones vinculadas que fueran significativas por su cuantía o relevantes para una adecuada comprensión de las cuentas anuales.

5. No será necesario informar en el caso de operaciones que, perteneciendo al tráfico ordinario de la empresa, se efectúen en condiciones normales de mercado, sean de escasa importancia cuantitativa y carezcan de relevancia para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

6. No obstante, en todo caso deberá informarse sobre el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección.

Asimismo, se incluirá información sobre indemnizaciones por cese y pagos basados en instrumentos de patrimonio.

Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representen. Estas informaciones se podrán dar de forma global por concepto retributivo, recogiendo separadamente los correspondientes al personal de alta dirección de los relativos a los miembros del órgano de administración.

También deberá informarse sobre el importe de los anticipos y créditos concedidos al personal de alta dirección y a los miembros de los órganos de administración, con indicación del tipo de interés, sus características esenciales y los importes eventualmente devueltos, así como las obligaciones asumidas por cuenta de ellos a título de garantía. Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representen. Estas informaciones se podrán dar de forma global por cada categoría, recogiendo separadamente los correspondientes al personal de alta dirección de los relativos a los miembros del órgano de administración.

7. Las empresas que se organicen bajo la forma jurídica de sociedad anónima, deberán especificar la participación de los administradores en el capital de otra sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, así como la realización por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social de la empresa.

8. En el caso de pertenecer a un grupo de empresas, se describirá la estructura financiera del grupo.

6.2. Obligación de documentación a efectos fiscales: regulación posterior a la Ley de Prevención del Fraude Fiscal

La exigencia de documentación en operaciones vinculadas es una novedad introducida por la Ley de Prevención del fraude, que dio nueva redacción al art. 16 TRLIS.

En su exposición de motivos, la ley de prevención del fraude fiscal se afirma que el correspondiente desarrollo reglamentario establecerá la documentación que deberá estar a disposición de la Administración tributaria a estos efectos.

Las obligaciones específicas de documentación deberán responder al principio de minoración del coste de cumplimiento, garantizando a la vez a la Administración tributaria el ejercicio de sus facultades de comprobación en esta materia, especialmente en aquellas operaciones susceptibles de ocasionar perjuicio económico para la Hacienda Pública.

Para ello, el futuro desarrollo reglamentario podrá fijar excepciones o modificaciones de la obligación general de documentación, de acuerdo con las características de los grupos empresariales, las empresas o las operaciones vinculadas, en particular cuando la exigencia de determinadas obligaciones documentales pudiera dar lugar a unos costes de cumplimientos desproporcionados.

En coherencia con ello, el art. 16.2 TRIS establece que:

“Las personas o entidades vinculadas deberán mantener a disposición de la Administración tributaria la documentación que se establezca reglamentariamente”.

El RD ley 6/2010 ha añadido al art. 16.2 TRIS un segundo párrafo:

“Dicha documentación no será exigible a las personas o entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo sea inferior a ocho millones de euros, siempre que el total de las operaciones realizadas en dicho período con personas o entidades vinculadas no supere el importe conjunto de 100.000 euros de valor de mercado.

Para determinar el importe neto de la cifra de negocios se tendrán en consideración los criterios establecidos en el artículo 108 de esta ley.

No obstante, deberán documentarse en todo caso las operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que residan en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, excepto que residan en un Estado miembro de la Unión Europea y el sujeto pasivo acredite que las operaciones responden a motivos económicos válidos y que esas personas o entidades realizan actividades económicas”.

Además el mencionado RD ley 6/2010 incluye la siguiente D.A. Única:

Disposición adicional única. Adaptación de las obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas a la jurisprudencia comunitaria y al derecho comparado. Sin perjuicio de las modificaciones introducidas en el artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, a la vista de la jurisprudencia comunitaria y del derecho comparado, el Gobierno, en los tres meses siguientes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, tramitará la modificación de la normativa tributaria que regula las obligaciones de documentación de las operaciones entre personas o entidades vinculadas, para reducir las cargas formales a cumplir por las empresas, atendiendo fundamentalmente a los siguientes factores: que se trate de operaciones internas (no internacionales), que intervengan pequeñas y medianas empresas, que su importe no sea muy significativo y que no intervengan paraísos fiscales.

Esta D.A. Única se ha desarrollado en el RD 897/2010, de 9 de julio, por el que se modifica el RIS, en materia de las obligaciones de documentación de las operaciones vinculadas.

El Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, sigue el modelo del Código de Conducta de Documentación Europea (Resolución del Consejo y de los Representantes de los EEMM, de 27/6/2006, D.O.C.E. 28/7/2006) que no es una norma jurídica, ni puede ser invocado ante los Tribunales, pero vincula políticamente a los EEMM y establece que el obligado tributario deberá aportar a requerimiento de la AEAT⁴⁵ la documentación relativa al grupo y la relativa al propio obligado tributario.

Solo se excluye (en su redacción inicial) la documentación de las operaciones intragrupo de consolidación fiscal, las realizadas con Agrupaciones de Interés Económico y Uniones Temporales de Empresas, y las OPAS Y OPV, pero se exige en todo caso en las operaciones con residentes en paraísos fiscales.

⁴⁵ Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

A esta lista el mencionado RD 897/2010 ha añadido las operaciones entre las entidades financieras que formen un SIP (Sistema Institucional de Protección) y las realizadas en el período impositivo con la misma persona o entidad vinculada, cuando la contraprestación del conjunto de esas operaciones no supere el importe de 250.000 euros de valor de mercado.

La exposición de motivos del RD 1793/2008 afirma que se ha ponderado la garantía de la comprobación con el principio de minoración del coste de cumplimiento.

Y añade que en el nivel de exigencia de la documentación se han combinado 2 criterios: La dimensión del grupo y el riesgo de perjuicio económico para la Hacienda Pública.

Por ello se han reducido las obligaciones de las ERD y de las personas físicas, salvo en operaciones de especial riesgo, distinguiéndose entre la documentación exigible al grupo, de la relativa al propio obligado tributario:

1. DOCUMENTACIÓN DEL GRUPO (19 RIS):

- 1.1. No se exige a grupos que sean Empresas de Reducida Dimensión (ERD).
- 1.2. Incluye su delimitación subjetiva, el reparto de funciones y riesgos, la titularidad de intangibles, la política del grupo sobre precios de transferencia, acuerdos de reparto de costes, Contratos de prestación de servicios (fees), los acuerdos previos de valoración (APAS), los procedimientos amistosos celebrados y la memoria del grupo.
- 1.3. Se mantiene la documentación mientras no cambien las circunstancias en ejercicios posteriores.

2. DOCUMENTACIÓN RELATIVA AL PROPIO OBLIGADO TRIBUTARIO (20 RIS):

1.1. Consta de cinco bloques:

- identificación de la operación e intervinientes
- análisis de comparabilidad
- selección del método de valoración
- acuerdos de reparto de costes (ARC)
- otra información relevante y pactos parasociales

También se mantiene para periodos posteriores si no hay cambios sustanciales.

1.2. La exigencia se graduó en función del riesgo fiscal: Para empresas de reducida dimensión y personas físicas (excepto operaciones con residentes en paraísos fiscales) se distinguen cinco situaciones:

1. Operaciones realizadas por contribuyentes del IRPF a los que resulte de aplicación el régimen de estimación objetiva con sociedades en las que aquellos o sus cónyuges, ascendientes o descendientes, de forma individual o conjuntamente entre todos ellos, tengan un porcentaje igual o superior al 25 por 100 del capital social o de los fondos propios.

Se exige toda la documentación excepto la relativa a los acuerdos de reparto de costes.

2. Transmisión de negocios o participaciones sin cotización:
Se exigen las obligaciones previstas en las letras a) (identificación de los participantes en la operación vinculada) y e) (cualquier otra información relevante, incluidos pactos parasociales) del apartado 1, así como las magnitudes, porcentajes, ratios, tipos de interés aplicables a los descuentos de flujos, expectativas y demás valores empleados en la determinación del valor.
3. Transmisión de inmuebles o activos intangibles:
Se exigen las obligaciones previstas en las letras: a) (identificación...); c (métodos de valoración...) y e (cualquier otra información relevante...).
4. Prestación de servicios profesionales:
Se exige: La prevista en la letra a) del apartado 1 (identificación), así como la justificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 16.6 de este Reglamento cuando se trate de las prestaciones de servicios profesionales a las que les resulte de aplicación lo previsto en el citado artículo.
5. Resto casos: Las previstas en las letras a) (identificación) y e (otra información relevante) del apartado 1, así como la identificación del método de valoración utilizado y el intervalo de valores derivados del mismo.

3. DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LAS OPERACIONES CON PERSONAS O ENTIDADES NO VINCULADAS PERO RESIDENTES EN PARAÍDOS FISCALES (21 TER RIS):

Pese a que no exista vinculación entre las partes, cuando una de ellas resida en un paraíso fiscal, la otra parte, residente en España, estará obligada a documentar dichas operaciones, en términos similares a las vinculadas, es decir: identificación, análisis de comparabilidad, aplicación de los métodos de valoración, criterios de reparto de gastos y otra información relevante.

Se exceptiona de dicha obligación de documentación, con ciertos requisitos contenidos en el apartado 2 del art. 21 ter RIS, los servicios y compraventas internacionales de mercancías, incluidas las comisiones de mediación en éstas, así como los gastos accesorios y conexos.

7. Aspectos procedimentales en materia de operaciones entre partes vinculadas

El procedimiento del valor normal de mercado se regula en el art. 16.9 TRLIS, que se limita a fijar los principios básicos que han de respetarse, y que se remite al desarrollo reglamentario, contenido en el artículo 21 RIS.

Al igual que en la normativa anterior a la reforma, el procedimiento de comprobación de valor se llevará a cabo en el seno del procedimiento iniciado respecto del obligado tributario cuya situación tributaria vaya a ser objeto de comprobación, pero a diferencia de dicha normativa, estas actuaciones se entenderán exclusivamente con dicho obligado tributario, sin perjuicio de dar entrada en el procedimiento posteriormente a las demás partes vinculadas intervinientes.

La comprobación de valores determina una liquidación provisional, la cual puede ser objeto de recurso (o en su caso de tasación pericial contradictoria) tanto por el propio obligado tributario, como por las restantes partes vinculadas, con algunas limitaciones, como la de optar de forma conjunta por promover, en su caso, la tasación pericial o interponer el oportuno recurso o reclamación.

El ajuste correlativo lo practica la propia Administración, una vez firmes los valores comprobados, para las restantes partes vinculadas, reconociendo, en su caso, los correspondientes intereses de demora⁴⁶.

Además el Reglamento soluciona eficazmente los problemas de prescripción que podrían producirse respecto de las restantes partes vinculadas, ya que los recursos se limitan a la liquidación provisional derivada del ajuste realizado al obligado tributario comprobado, por lo que sus respectivas declaraciones no habrán sido objeto de liquidación que interrumpa su prescripción, lo que no afecta a la prescripción del ajuste correlativo ya que éste se va a practicar en una liquidación del último periodo impositivo declarado, que, por tanto, no tiene problemas de prescripción.

Este procedimiento no es aplicable a las restantes partes vinculadas que sean no residentes en territorio español sin establecimiento permanente en el mismo. Si dichos no residentes pueden invocar un tratado o convenio que haya pasado a formar parte del ordenamiento interno, deberán acudir al procedimiento amistoso o al procedimiento arbitral para eliminar la posible doble imposición generada por la corrección valorativa, de acuerdo con lo dispuesto en el número 5.º del apartado 9 del artículo 16 de la Ley.

En resumen, la reforma ha mejorado sustancialmente el procedimiento de comprobación de valor, que anteriormente estaba integrado por varios actos que se comunicaban al resto de las partes vinculadas, dándoles la posibilidad de alegar en cada uno de ellos con la correspondiente complejidad, sin que con ello se mejorase su seguridad jurídica ni su derecho de alegación, prueba y recurso⁴⁷.

⁴⁶ 21.4 RIS: Esta regularización se realizará mediante la práctica de una liquidación correspondiente al último período impositivo cuyo plazo de declaración e ingreso hubiera finalizado en el momento en que se produzca tal firmeza. Tratándose de impuestos en los que no exista periodo impositivo, dicha regularización se realizará mediante la práctica de una liquidación correspondiente al momento en que se produzca la firmeza de la liquidación practicada al obligado tributario.

⁴⁷ **Artículo 16 RIS (redacción anterior al RD 1793/08)** *.Procedimiento para practicar la valoración por el valor normal de mercado.*
Cuando la Administración tributaria haga uso de la facultad establecida en el apartado 1 del artículo 16 de la Ley del Impuesto, se procederá de la siguiente manera:

Una cuestión a debate es la posibilidad de que el obligado tributario pueda realizar ajustes extracontables por el concepto de operaciones vinculadas, o, por el contrario dicha facultad se reserve exclusivamente a la Administración Tributaria.

En el ámbito contable, las empresas deberán contabilizar a valor razonable, no solo en el caso de operaciones entre empresas del grupo (en aplicación de la NRV 21), sino incluso en aquellos supuestos en que resulte de aplicación el principio de prevalencia del fondo sobre la forma del art. 34.2 CCO. En tales casos no será preciso realizar ajuste fiscal alguno dado que en general coincidirán el valor razonable contabilizado con el valor de mercado.

Lo que no parece razonable es que, en tales supuestos, la empresa contabilice a valores convenidos y pretenda realizar ajustes extracontables en su declaración del Impuesto directo (IRPF, IS O IRNR), ya que en tal caso estará cuestionando su propia contabilidad.

En este tema, el art. 16.2.º sólo contempla que sea la Administración tributaria la que efectúe, en su caso, las correcciones valorativas, lo que unido a la anterior, debe llevarnos

-
- a) Se notificará a la otra parte vinculada, excepto si no está sujeta al Impuesto sobre Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la existencia de un procedimiento de comprobación del que puede derivarse la valoración de la operación vinculada por un valor diferente al pactado por las partes, expresando los motivos por los que puede proceder dicha valoración y los métodos que podrán ser tomados en consideración para establecer el valor normal de mercado.
 - b) La otra parte vinculada dispondrá del plazo de treinta días, contados a partir del día siguiente a la fecha de la notificación a que se refiere la letra anterior, para efectuar las alegaciones que estime pertinentes.
 - c) Examinadas las alegaciones de ambas partes vinculadas, e inmediatamente antes de redactar el acto de determinación del valor normal de mercado, se pondrán de manifiesto a las referidas partes vinculadas los métodos y criterios que serán tenidos en cuenta para dicha determinación, quienes dispondrán de un plazo de quince días para formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.
 - d) El acto de determinación del valor normal de mercado será motivado.
 - e) El órgano competente para instruir el procedimiento y dictar el acto administrativo de determinación del valor normal de mercado será el que tenga la competencia para dictar el acto administrativo de liquidación respecto de la parte vinculada en la que se inició la comprobación.

El acto de determinación del valor normal de mercado podrá ser recurrido por ambas partes vinculadas al ejercitar los recursos y reclamaciones que procedan contra el acto de liquidación correspondiente al período impositivo en el que se realizó la operación vinculada.

El valor normal de mercado establecido por la Administración tributaria surtirá efecto, en cuanto no hubiere sido recurrido por ninguna de las partes vinculadas, en las liquidaciones de los períodos impositivos que correspondan, de acuerdo con lo previsto en los artículos 16 y 18 de la Ley del Impuesto.

4. Si el valor normal de mercado establecido por la Administración tributaria hubiere sido recurrido por alguna de las partes vinculadas, la eficacia del mismo, frente a una y otra, quedará suspendida hasta el momento en que el recurso hubiere sido resuelto con carácter firme.

Las liquidaciones correspondientes a los períodos impositivos en los que, en su caso, deba ser aplicable el valor normal de mercado establecido por la Administración tributaria, tendrán el carácter de provisionales hasta el momento en que dicho recurso hubiere sido resuelto con carácter firme.

a la conclusión de que el único ajuste por operaciones vinculadas que puede realizar el obligado tributario es en su contabilidad, pero nunca en su declaración tributaria.

Una última cuestión que se plantea en materia de procedimiento es si la Administración Tributaria está obligada a utilizar el procedimiento de valoración por operaciones vinculadas previsto en el art. 16 TRLIS o, por el contrario puede evitar dicho procedimiento, en virtud de la facultad prevista en el art. 143 TRLIS⁴⁸ en relación con el art. 10.3 del mismo texto legal, de acuerdo con los cuales, la Administración tributaria (y especialmente la Inspección de los Tributos) está facultada para determinar el resultado contable (a efectos exclusivamente tributarios), por lo que podría calcular el resultado contable que deriva de la aplicación del valor de mercado sin necesidad de seguir el procedimiento especial previsto para la comprobación del valor de las operaciones vinculadas.

De resultar aplicable la vía del artículo 143 TRLIS, se producirían consecuencias procedimentales (no resultaría aplicable el procedimiento especial) y sustantivas (no resultaría necesario practicar el ajuste correlativo), por lo que teniendo en cuenta además el principio general del derecho de prioridad de la norma especial sobre la general, la conclusión debe ser considerar preferente la aplicación del régimen de operaciones vinculadas prevista en el art. 16 TRLIS sobre la vía excepcional prevista en el art. 143 TRLIS que, no obstante, pudiera resultar aplicable en operaciones no vinculadas cuando por la existencia de algún negocio jurídico anómalo (simulación, fraude de ley etc.) sea posible aplicar el principio de prevalencia del fondo sobre la forma previsto en el art. 43 CCo, y en general el de calificación fiscal ya citado.

8. Infracciones y sanciones específicas en materia de operaciones vinculadas

El art. 16.10 TRLIS, en su redacción posterior a la Ley de Prevención del Fraude Fiscal (ley 36/2006) ha introducido dos nuevas infracciones tributarias graves específicas del régimen de operaciones vinculadas, aplicables a 3 tributos: IRPF, IS y IRNR:

1. No aportar o aportar de forma incompleta, inexacta o con datos falsos la documentación que deban mantener a disposición de la Administración tributaria las personas o entidades vinculadas.
2. No declarar el valor normal de mercado que se derive de dicha documentación.
3. Es decir, conforme a la primera infracción, la conducta del obligado tributario ha sido hacer caso omiso de las obligaciones de documentación (no aportar de forma completa) o manipularla (aportar documentación inexacta o con datos falsos), sin que el tipo de la

⁴⁸ Artículo 143.-Facultades de la Administración para determinar la base imponible.

A los efectos de determinar la base imponible, la Administración tributaria aplicará las normas a que se refiere el artículo 10.3 de esta ley.

Artículo 10. Concepto y determinación de la base imponible.

3. En el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas.

infracción exija que haya discrepancia entre el valor declarado y el de mercado, pues lo que se sanciona es el incumplimiento de un deber formal (el de documentar las operaciones vinculadas), con el que el legislador ha intentado prevenir el incumplimiento material (que se apliquen valores distintos de los de mercado). A la inversa, si el obligado tributario aporta toda la documentación de forma completa, aun cuando el valor aplicado difiera del valor de mercado, no cometería infracción alguna.

El segundo tipo infractor, igualmente formal, se refiere a una conducta diferente, pues en este caso el obligado tributario lleva la documentación exigible, pero no la tiene en cuenta al declarar el valor normal de mercado, conducta aparentemente absurda pero que podría ocurrir si el obligado tributario pretende evitar la otra infracción, pero no respetar el mandato de declarar el valor normal de mercado.

Las sanciones específicas, correspondientes a estas infracciones distinguen igualmente dos supuestos:

1. Que no proceda efectuar correcciones valorativas, es decir, que el valor declarado coincide con el de mercado. Esta sanción consistirá en una multa pecuniaria fija a razón de 1.500 euros por dato y 15.000 euros por conjunto de datos omitido, inexacto o falso, pero en el caso de Empresas de Reducida Dimensión, se establece un límite máximo⁴⁹, del 10% del conjunto de operaciones vinculadas o del 1% del importe neto de la cifra de negocios.
2. Que proceda efectuar dichas correcciones valorativas, en cuyo caso queda excluida la sanción anterior y se sanciona con multa pecuniaria proporcional del 15% de la diferencia con un mínimo del doble de la que correspondería conforme a la anterior. Esta sanción es incompatible (principio non bis in idem) con las reguladas en la vigente LGT⁵⁰ para los supuestos de infracciones relativas a conductas tipificadas en los arts. 191, 192, 193 o 195 LGT, que se refieren a ocasionar algún perjuicio económico presente o futuro a la Hacienda pública (dejar de ingresar, obtener indebidamente devoluciones, etc.).

Resulta aplicable a estas sanciones específicas del régimen de operaciones vinculadas, la reducción prevista en el art. 188.1 LGT⁵¹, ya que así lo establece expresamente el art. 16.10.2º in fine TRLIS⁵².

Y también resulta de aplicación la reducción por el ingreso inmediato o en los plazos del acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento prevista en el art. 188.3 LGT⁵³, pues así lo establece también de forma expresa el art. 16.10.3º TRLIS⁵⁴.

⁴⁹ Límites introducidos por el art. 14 del Real Decreto Ley 6/2010.

⁵⁰ Ley General Tributaria, aprobada por ley 58/2003.

⁵¹ Artículo 188 LGT. Reducción de las sanciones.

1. La cuantía de las sanciones pecuniarias impuestas según los artículos 191 a 197 de esta ley se reducirá en los siguientes porcentajes:

a) Un 50 por ciento en los supuestos de actas con acuerdo previstos en el artículo 155 de esta ley.

b) Un 30 por ciento en los supuestos de conformidad.

⁵² 16.10.2º TRLIS: La cuantía de las sanciones pecuniarias impuestas de acuerdo con lo previsto en este número se reducirá conforme a lo dispuesto en el artículo 188.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Mucho más compleja resulta la sanción en materia de ajuste secundario y de retenciones por operaciones vinculadas, que se rigen por las normas generales y no se ven afectadas por estos tipos infractores.

9. Bibliografía

- Marco Sanjuán, J.A.; Lafuente Molinero, F.; Rosón Silván, P. y Badás Cerezo, J. (2010). *Prácticas de valoración y documentación de operaciones vinculadas*. Valladolid: Editorial Lex Nova.
- Calderón Carrero, J.M. (2008). "La prestación de servicios intragrupo en la nueva regulación de operaciones vinculadas", *Carta Tributaria*, Monografías, 8, pp. 3-18.
- Carbajo Vasco, D. (2010). "Un apunte sobre la incidencia de la nueva redacción de la guía de preciso de transferencia en el tratamiento de las operaciones vinculadas en España", *Crónica Tributaria*, *Boletín de Actualidad*, 9, pp. 19-24.
- OECD (2010). *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*. París: Editorial OCDE.
- Sanz Gadea, E. (2008). "Operaciones vinculadas, perspectivas contable y fiscal", *La Ventana de la AEAT* Monografías números 13 y 14.
- Sendín Cifuentes, J.L. (2009). "Operaciones vinculadas: aplicabilidad del ajuste secundario en operaciones internas", *Carta Tributaria*: Monografías, 15, pp. 3-21.
- Serrano Gutiérrez, A. (2007). "La aplicación del valor normal de mercado en las operaciones vinculadas. Criterios contables y fiscales", *Actum Fiscal*, 1, pp. 77-82.
- Suárez Mosquera, C. (2007). "La calificación jurídica de las operaciones vinculadas, en la imposición directa, según la modificación realizada por la Ley 36/2006, de prevención del fraude fiscal", *Crónica Tributaria*, 125, pp. 149-174.

⁵³ 188.3 LGT. El importe de la sanción que deba ingresarse por la comisión de cualquier infracción, una vez aplicada, en su caso, la reducción por conformidad a la que se refiere el párrafo b) del apartado 1 de este artículo, se reducirá en el 25 por ciento si concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que se realice el ingreso total del importe restante de dicha sanción en período voluntario sin haber presentado solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de pago.
- b) Que no se interponga recurso o reclamación contra la liquidación o la sanción.

El importe de la reducción practicada de acuerdo con lo dispuesto en este apartado se exigirá sin más requisito que la notificación al interesado, cuando se haya interpuesto recurso o reclamación en plazo contra la liquidación o la sanción.

La reducción prevista en este apartado no será aplicable a las sanciones que procedan en los supuestos de actas con acuerdo.

⁵⁴ 16.10.3º TRLIS: La cuantía de las sanciones pecuniarias impuestas de acuerdo con lo previsto en los números 1.º y 2.º de este apartado se reducirán conforme a lo dispuesto en el artículo 188.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Los artículos deben enviarse al Director de la Revista, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de León, Campus de Vegazana, 24071 León.

La Revista entiende que los trabajos son originales, es decir, no han sido publicados con anterioridad o no están en proceso de publicación en otro lugar.

Los trabajos tendrán que ajustarse a las siguientes especificaciones:

- Mecnografiado a espacio sencillo por una sola cara y con márgenes de 2,5 cm. superior e inferior, izquierda y derecha.
- La extensión recomendable para los artículos se sitúa entre 15 y 20 páginas, incluidos gráficos, cuadros y bibliografía.
- Las páginas se numerarán de forma consecutiva, correspondiendo la primera al título, autor/es del trabajo y su dirección de contacto. La segunda, al título, un resumen del trabajo y las palabras clave, tanto en español como en inglés, que deberá tener una extensión máxima de 200 palabras. Se deben especificar de 3 a 10 palabras clave que den una idea rápida del contenido del trabajo y faciliten su informatización.
- El texto del trabajo comenzará en la tercera página y las secciones se enumerarán consecutivamente. Todos los diagramas, gráficos, tablas, cuadros o figuras irán debidamente insertados en el texto.
- Las referencias bibliográficas se incluirán ordenadas alfabéticamente al final del trabajo, y de forma cronológica en el caso de varios trabajos del mismo autor. La citación completa se hará en el siguiente orden:
 - APELLIDO, Nombre del autor.
 - Fecha de publicación (entre paréntesis).
 - Título completo del trabajo. En *itálica* cuando se trate de un libro y entre comillas si es un artículo.
 - En caso de ser una revista, nombre de la misma, en *itálica*, seguido del número de volumen, fascículo y primera y última páginas.
 - Finalmente, para los libros, figurará el lugar de la edición y la editorial.

- Las tablas y cuadros irán numerados consecutivamente con caracteres arábigos. Llevarán un encabezamiento conciso, similar al de las notas al pie, que explique los símbolos utilizados y permitan las aclaraciones necesarias.
- Se deberán enviar tres copias impresas del trabajo así como el archivo del mismo en Word 6.0 o versión superior, bien en un diskette (3½ alta densidad) o como fichero adjunto a un correo electrónico enviado a la dirección ulepec@unileon.es.

El Consejo de Redacción es el responsable final de la aceptación del trabajo, previo informe de los evaluadores, garantizando el anonimato tanto del autor como de los mismos.

La Dirección de la Revista acusará recibo de los originales y, recibido el parecer del Consejo Asesor, decidirá admitirlos en función de que respondan a la línea editorial de la misma y que cumplan las presentes normas.

Tras su admisión, los originales serán enviados a dos evaluadores anónimos expertos en el ámbito científico sobre el que traten. En caso de discrepancia en los informes, la Dirección podrá enviar el original a un tercer evaluador.

Los evaluadores podrán condicionar su informe favorable para la publicación a la realización de modificaciones que mejoren, a su juicio, el trabajo evaluado. Una vez recibidos los informes de los evaluadores, se rechazará o se admitirá el trabajo para su publicación en la revista.

Para obtener información adicional sobre la política editorial o la preparación de los manuscritos, deben ponerse en contacto con el Director de la Revista o Secretaria del Consejo de Redacción mediante correo electrónico dirigido a la dirección ulepec@unileon.es.