



---

INCENTIVOS FISCALES A LA EMPRESA FAMILIAR.  
EL REQUISITO DE EJERCICIO REMUNERADO DE  
FUNCIONES DE DIRECCIÓN

---

EL RELEVO GENERACIONAL EN LA EMPRESA FAMILIAR  
COMO MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO DEL RÉGIMEN DE  
NEUTRALIDAD FISCAL

---

ATRIBUCIÓN DE LA CONDICIÓN DE SOCIO EN  
PARTICIPACIONES SOCIALES ADQUIRIDAS POR LEGADO

---

REVOCABILIDAD DE LA DISPENSA DE LA COLACIÓN

---



## Editorial

---

Siempre atentos a las soluciones jurisprudenciales que afectan a la empresa familiar, abordamos en esta entrega diferentes resoluciones de interés.

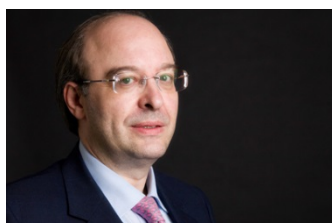
Desde el lado fiscal, se analiza una reciente sentencia del Tribunal Supremo que acepta la aplicación del régimen de neutralidad impositiva en una reorganización empresarial seguida de una transmisión gratuita de las participaciones en la entidad beneficiaria de la escisión.

Asimismo, nos adentramos en la exigencia del requisito de ejercicio de funciones remuneradas por uno de los miembros del grupo familiar, a fin de que la compañía pueda acceder al disfrute de incentivos fiscales.

En el plano societario se confirma que, en los supuestos de legado de cosa específica sobre participaciones sociales, la adquisición de la condición de socio a efectos, entre otros supuestos, del ejercicio del derecho de voto se produce desde el fallecimiento del causante.

Finalmente, comentamos la reciente sentencia de pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018, relativa a la revocación de dispensa para colacionar. La sentencia resulta especialmente relevante, por cuanto establece, por primera vez, que el testador puede revocar unilateralmente la dispensa de colación, manifestada contractualmente, incluso en el caso de las donaciones remuneratorias.

Una vez más, deseamos que los contenidos indicados os sean de utilidad.



**Eduardo Trigo y Sierra**  
Empresa Familiar y Clientes Privados

## Incentivos fiscales a la empresa familiar. El requisito de ejercicio remunerado de funciones de dirección

Entre los requisitos para la aplicación de los incentivos fiscales a la empresa familiar, el de ejercicio de funciones de dirección por parte de uno de los miembros del grupo familiar, que perciba por ello una remuneración que represente más del 50 % de la totalidad de sus rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal, suele resultar conflictivo en la práctica. Se analiza a continuación el estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el cumplimiento de este requisito.

**Gloria Marín.** Fiscal. Madrid

Los requisitos legalmente establecidos para la aplicación de los incentivos fiscales a la empresa familiar plantean frecuentes dudas interpretativas. En particular, la exigencia de que uno de los miembros del grupo familiar ejerza funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 % de la totalidad de sus rendimientos del trabajo o actividades económicas, ha sido especialmente controvertida. Qué personas del grupo familiar pueden cumplir el requisito, qué período ha de tenerse en cuenta para valorar su cumplimiento, de qué sociedad del grupo puede proceder la remuneración o qué implicaciones tiene el hecho de que la remuneración obtenida pueda no ser conforme con los requisitos mercantiles de la retribución a administradores son, entre

otras, algunas de las cuestiones que nuestros tribunales han tenido que dilucidar cuando han valorado su cumplimiento.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se toma como punto de partida la finalidad de los incentivos fiscales a la empresa familiar: favorecer la continuidad de la empresa familiar y evitar la disminución de su valor tras la sucesión o donación cuando sigue en funcionamiento. De ahí que las sentencias recaídas sobre el particular atiendan sobre todo al cumplimiento del requisito desde una perspectiva material, sin someterlo a restricciones formales excesivas.

Así, las SSTTS de 12 de marzo y 10 de junio de 2009 (rec. cas. núms. 4083/2005 y 3343/2006) negaron que se pudiera rechazar de plano la

aplicación de los incentivos fiscales a la empresa familiar por el mero hecho de que la persona que cumplía el requisito percibiera asimismo una pensión de jubilación. Para la STS 18 de enero de 2016 (rec. cas. núm. 2319/2015), el hecho de que la gratuidad estatutaria del cargo de administrador pueda determinar una infracción de los requisitos mercantiles en materia de retribución de los administradores no impide dar por cumplido el requisito a efectos de la exención en el IP cuando este materialmente se cumple. A esta línea interpretativa, en la que la finalidad de la ley lleva a una interpretación no formalista del requisito, puede adscribirse también la sentencia de 18 de julio de 2013 (rec. cas. núm. 114/2009), según la cual, para la determinación del porcentaje que representa la remuneración por las funciones de dirección ejercidas en una entidad respecto de la totalidad de los rendimientos del trabajo y por actividades económicas del sujeto pasivo, no se han de incluir los rendimientos derivados de las funciones de dirección en otras entidades exentas. Y también la STS de 26 de mayo de 2016 (rec. cas. núm. 4027/2014), que afirmó que el cumplimiento del requisito puede darse en cualquiera de los miembros del grupo familiar sin que sea necesario que sea socio (en palabras del TS, la interpretación administrativa en sentido contrario “*no se ajusta al espíritu de la norma, pues en ningún momento la ley exige que las funciones directivas deban realizarlas las personas que tengan participaciones, sino las que formen parte del grupo de parentesco*”).

Habrà que ver si esta interpretación finalista y flexible se mantiene también en los recursos de casación admitidos a trámite por el Tribunal Supremo y que afectan a la interpretación del requisito en dos cuestiones muy relevantes en la práctica: la posibilidad de que en un *holding* familiar la remuneración pueda proceder de las filiales en las que se desarrollan funciones de dirección, y no de la sociedad *holding* en la que directamente se participa (rec. cas. núm. 5159/2017 admitido a trámite mediante ATS 2338/2018, de 7 de marzo), y la influencia de las actividades con ciclo productivo largo en el cumplimiento del requisito (rec. cas. núm. 2313/2017 admitido a trámite mediante ATS 9736/2017, de 15 de septiembre).

La cuestión que debe analizarse en el primer recurso de casación pendiente tiene su origen en la exigencia administrativa<sup>1</sup> de que los rendimientos que computen a efectos del requisito sean únicamente los procedentes por el ejercicio de funciones directivas en la sociedad en la que se participa. En este sentido, aunque se ha admitido<sup>2</sup> que las retribuciones sean satisfechas por otra entidad del grupo si esa posibilidad estuviera “*contenida de forma expresa en la escritura de constitución o en los estatutos sociales, ya de la propia entidad ya de la entidad "holding" titular de las participaciones de aquella*”, esta posibilidad no es fácil de articular en la práctica: plantea dudas sobre el cumplimiento de los principios de

---

1.- DGT, 0008-99, V0632-03.

2.- DGT, V0158-14, V2025-16, V1345-17.

buen gobierno corporativo que deben regir a la filial (sobre todo en grupos donde existan minoritarios) y dificultades de distinción entre la parte de retribución que remunera la dirección de la *holding* y la que remunera la de sus filiales. Por ello, es muy relevante que el Tribunal Supremo haya admitido a trámite el recurso de casación n.º 5159/2017, en el que se pronunciará si, a efectos de aplicar la reducción en la base del impuesto sobre sucesiones por transmisión de empresa familiar, cabe o no que el sujeto pasivo perciba retribuciones de sociedades en las que participe indirectamente a través de sociedades familiares exentas. En todo caso, y sobre esta cuestión, no debemos dejar de apuntar que la última doctrina de la DGT también parece vislumbrar una voluntad de flexibilizar el requisito, y así, en su contestación a la consulta n.º V0810-18, admite el cumplimiento cuando el miembro del grupo familiar es el representante persona física de una entidad que actúa como administradora única tanto de la *holding* como del resto de las sociedades de la empresa familiar, siendo esta última entidad la que retribuye a la persona física.

En relación con el segundo de los recursos de casación pendientes, analizará, en el caso de un empresario individual, cómo afecta al cumplimiento del requisito el hecho de que la actividad económica realizada sea de ciclo productivo largo, con beneficio concentrado en el ejercicio que pone fin al ciclo y pérdidas en los restantes. Se ha suscitado en el pasado si las pérdidas o si los ingresos extraordinarios de

una actividad deben tomarse en cuenta a efectos del cómputo, y sobre esta cuestión la doctrina administrativa ha mantenido una posición cambiante: en algunos casos, favorable a la exclusión de las rentas “*cuya producción aleatoria y esporádica*” es ajena a la idea de principal fuente de renta (resolución del TEAR de Andalucía, Sala de Sevilla, de 27 de noviembre de 2014); en otros, favorable a la inclusión de todos los rendimientos de la actividad empresarial o profesional (resolución del TEAR de Andalucía, Sala de Granada, de 29 de octubre de 2010).

Al problema que plantean las actividades con ciclo productivo superior al año (p. ej., construcción o agrícolas), se le une uno que es común a todas las empresas: el hecho de que entre los requisitos para la aplicación de los incentivos en el ámbito del ISD se encuentre el de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, teniendo uno y otro impuesto momentos de devengo diferentes. En efecto, para evaluar si en la fecha de adquisición por donación o *mortis causa* se cumple el requisito de ejercicio efectivo de funciones directivas remuneradas con un importe superior al 50 % del total de los rendimientos del trabajo y de actividades económicas, se plantea respecto de qué período hay que hacer ese cómputo. La resolución de la DGT 2/1999 distinguía a estos efectos la adquisición hereditaria en la que es el propio causante quien cumple el requisito de todos los demás supuestos. Para el primer caso, como el período impositivo del IRPF termina en la fecha de fallecimiento del

causante, se entendía que ha de tomarse el período que va desde principio de ejercicio hasta la fecha de devengo del ISD (esto es, hasta la fecha de fallecimiento del causante). En cambio, para los restantes casos —tanto donaciones como adquisiciones *mortis causa* cuando quien cumple el requisito no es el causante—, se consideraba que había que atender al período impositivo del año anterior a aquel en que se produce el devengo. La cuestión, con todo, no es clara, pues en algunos casos de adquisición *mortis causa*, en los que el causante no es quien ejercía funciones de dirección, nuestros tribunales (v. gr., STS de 16 de diciembre de 2013, rec. cas.

núm. 28/2010, y, en el mismo sentido, STSJ de Madrid 193/2014, de 11 de febrero, rec. núm. 1027/2011) han sostenido que hay que atender a las rentas de quien ejerce las funciones hasta el momento de la defunción del causante.

Tras la admisión del recurso de casación, podremos contar en breve con la interpretación del Tribunal Supremo sobre qué elementos materiales, temporales y jurídicos deben tomarse en cuenta para aplicar, en el caso de explotaciones económicas cuyo rendimiento se produce avanzado el año, la reducción en base imponible establecida en la Ley del ISD.

## El relevo generacional en la empresa familiar como motivo económico válido del régimen de neutralidad fiscal

La preparación del relevo generacional es uno de los aspectos que más preocupa en el ámbito de las empresas familiares. Por ello, la entrada en la gestión de las siguientes generaciones y la sucesión en la titularidad de las acciones o participaciones suele planificarse con antelación. En este marco, la reestructuración societaria suele plantearse, en no pocas ocasiones, como forma de facilitar el relevo generacional en la gestión de dicho patrimonio empresarial.

**Julia Villalón.** Fiscal. Madrid

Es habitual que, desde el punto de vista fiscal, interese acoger la reestructuración societaria al régimen de neutralidad para las reorganizaciones societarias previsto en el capítulo VII del título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Como es sabido, la aplicación de este régimen queda condicionada a que la reestructuración societaria no tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal y que se efectúe por motivos económicos válidos. Pues bien, en el contexto de la reorganización de grupos familiares, la Dirección General de Tributos ha venido admitiendo que “en abstracto” la preparación del relevo generacional puede considerarse como un motivo económico válido a efectos de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal (entre otras, contestaciones a consultas vinculantes números V2928-17, de 15 de noviembre de 2017;

V1405-17, de 5 de junio de 2017; V5403-16, de 21 de diciembre de 2016; V5241-16, de 13 de diciembre de 2016; V3837-15, de 2 de diciembre de 2015, etc.). Por el contrario, se ha cuestionado la existencia de motivos económicos válidos en reorganizaciones empresariales que se ven seguidas de una transmisión —onerosa o gratuita— de las participaciones en las entidades resultantes de la reestructuración, incluso en casos en los que la transmisión tenía por objeto dar entrada a las nuevas generaciones en el capital de la empresa. Así, las consultas vinculantes números V2572-16, de 10 de junio de 2016, y V2535-16, de 9 de junio, cuestionan la aplicación del régimen en operaciones de escisión en las que posteriormente se transmitían las participaciones de las entidades resultantes a los hijos, bien vía donación o transmisión onerosa.



Pues bien, la sentencia del Tribunal Supremo 1902/2017, de 4 de diciembre de 2017, acepta la aplicación del régimen de neutralidad fiscal — confirmando el criterio mantenido por la Audiencia Nacional en sentencia de 2 de junio de 2016 (rec. n.º 289/2013)— en una escisión parcial seguida de la donación de las participaciones en la entidad beneficiaria de la escisión a los hijos de los socios de la entidad escindida. La operación de escisión parcial cuestionada en sede administrativa perseguía un doble objetivo: lograr una reorganización empresarial conveniente y racional desde el punto de vista económico y, además, articular una sucesión ordenada en la dirección de las empresas implicadas en la escisión, de manera que quedara asegurada la continuidad de la empresa familiar, al permitir que los hijos de los socios asumieran la dirección de la actividad en el futuro.

En el correspondiente procedimiento de comprobación, la Administración tributaria —si bien aceptó que la operación de escisión considerada de forma aislada tenía motivos económicos válidos— rechazó la aplicación del régimen de neutralidad fiscal al considerar que, del análisis de la operación en su conjunto, se extraía que la finalidad de la escisión era obtener una ventaja fiscal.

Esta postura fue también mantenida por el TEAC, quien argumentó de forma insistente sobre la incompatibilidad de los objetivos perseguidos (reorganización empresarial conveniente y racional desde el punto de vista económico y articulación de una sucesión ordenada).

Sin embargo, la Audiencia Nacional rechazó el criterio del TEAC señalando que “[...] nada

*impide que, legítimamente, se pueda perseguir en la escisión, a la vez, un doble objetivo: lograr una reorganización empresarial conveniente y racional desde el punto de vista económico y, además, articular una sucesión ordenada en la dirección de las empresas implicadas en la escisión, de manera que se asegure la continuidad familiar, al permitir que sean los hijos de los socios que llevaban la dirección de aquéllas los que continúen al frente de la actividad en el futuro”.*

Excluida la existencia de incompatibilidad entre ambos objetivos, y siendo clara la concurrencia del segundo de ellos (sin que la Administración tributaria hubiera negado la realidad de las ventajas económicas de la escisión), la Audiencia Nacional concluyó que no existía ninguna razón lógica ni jurídica para negar la concurrencia de un motivo económico válido en la escisión efectuada, estimando así procedente la aplicación del régimen fiscal especial. Para la Audiencia Nacional, lo realmente relevante para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal es la existencia de un motivo empresarial auténtico o genuino, y no el hecho de que, como resultado de ella o de operaciones posteriores, se deriven ventajas fiscales.

En casación, el Tribunal Supremo respalda el criterio de la Audiencia Nacional desestimando el recurso de casación de la Abogacía del Estado y sentenciando que *“el objetivo de reorganización empresarial invocado como motivo de la escisión es compatible y, desde luego, no excluyente con el de incorporar a la segunda generación al negocio familiar”.*

## Atribución de la condición de socio en participaciones sociales adquiridas por legado

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de mayo de 2017 considera que, en los supuestos de legado de cosa específica y determinada sobre participaciones sociales, la condición de socio a efectos del ejercicio del derecho de voto se adquiere desde el fallecimiento del causante.

**Noelia González y Sergio Sánchez**

Procesal. Valencia

La Audiencia Provincial de Valencia, en su sentencia de fecha 17 de mayo de 2017, ha confirmado que, cuando el legado de cosa específica y determinada recae sobre las participaciones sociales o acciones de una sociedad, el legatario adquiere su propiedad desde el momento del fallecimiento del causante, con lo que se encuentra legitimado para actuar como socio y ejercitar los derechos inherentes a tal condición desde entonces. Paralelamente, la sociedad debería reconocer al legatario como socio, con independencia de que haya operado o no en su favor la transferencia posesoria de las participaciones sociales o acciones, pues en todo caso la posesión por parte de los herederos tiene carácter instrumental.

A estos efectos, la sentencia aplica por analogía las disposiciones que gobiernan el usufructo en

la Ley de Sociedades de Capital, ya que en ambos casos se produce una disociación entre titularidad y posesión de las participaciones sociales o acciones.

En el caso enjuiciado se resolvía la acción de impugnación de determinados acuerdos sociales ejercitada por dos de los socios, al entender que esos acuerdos sociales habían sido adoptados sin la mayoría suficiente por haber hecho uso el socio-administrador de las participaciones sociales legadas en testamento por su madre y que, junto con las que ya poseía, le otorgaban mayoría en el capital social. A pesar de que el legado se encontraba impugnado judicialmente, la Audiencia Provincial, aplicando los razonamientos expuestos, declaró que los acuerdos sociales fueron válidamente adoptados por la junta general.

## Revocabilidad de la dispensa de la colación

La reciente Sentencia del Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018, relativa a la revocación de dispensa para colacionar, establece por primera vez que el testador puede revocar unilateralmente la dispensa de colación, manifestada contractualmente, incluso en el caso de las donaciones remuneratorias.

**M.ª Encarnación Pérez-Pujazón.** Procesal. Madrid

La sentencia analizada aborda la cuestión relativa a la posibilidad de que el causante pueda revocar unilateralmente la dispensa de colación establecida con relación a determinada donación realizada a un heredero forzoso, único heredero que está obligado a colacionar. La cuestión, que se muestra nítida cuando la dispensa se realiza en una disposición testamentaria, presenta alguna arista cuando se recoge en el contrato de donación al que concurre el donatario beneficiado por la dispensa, que presta su consentimiento a la donación ordenada de ese modo.

A salvo de alguna sentencia de principios del siglo pasado, la cuestión no había sido abordada de forma directa por el Tribunal Supremo. Al hacerlo ahora, mediante sentencia de pleno, viene a sentar jurisprudencia sobre la cuestión planteada. La respuesta del tribunal es positiva: el testador puede revocar unilateralmente la dispensa de colación manifestada contractualmente. Así es incluso en el caso en que la donación fuese remuneratoria. La donación

remuneratoria en este punto no presenta ningún matiz diferencial con el resto de las donaciones.

La sentencia se hace eco de las posiciones doctrinales que existen sobre la cuestión. Los que abogan por la irrevocabilidad de la dispensa ordenada en el propio instrumento que contiene la donación se apoyan en la naturaleza contractual del acto en que se realiza la dispensa. En la medida en que donante y donatario han prestado su consentimiento a una donación configurada como no colacionable, ese carácter no podría variarse de forma unilateral por la exclusiva voluntad testamentaria del donante. De hacerlo así se afectaría a la base del negocio.

Al contrario, quienes defienden la revocabilidad se fundan en la consideración de que la dispensa tiene la naturaleza propia de una declaración de última voluntad y, como tal, es esencialmente revocable por la exclusiva voluntad del testador.

El Tribunal Supremo acoge esta última posición sobre la base de que *“la dispensa es una declaración de voluntad que da lugar a que la partición deba realizarse sin tener en cuenta en ella las liberalidades percibidas en vida por los legitimarios. Se trata, por tanto, de un acto de naturaleza y eficacia mortis causa, regido por el principio de revocabilidad por el que, como opción de política legislativa, se inclina el código civil (...)”*. Así es con independencia de la forma en que se manifieste y del documento que recoja la dispensa. La dispensa no se integra en la causa de la donación y si el do-

natario ha aceptado la donación en atención a su carácter no colacionable ello solo podría dar lugar, en su caso, al planteamiento de un eventual error de consentimiento, en el bien entendido de que, en realidad, el donatario que acepta una donación no colacionable debe conocer que el causante siempre podrá revocar ese carácter.

De momento, la cuestión ha quedado resuelta: independientemente de la forma en que se ordene la dispensa, el causante tiene plena libertad para revocarla hasta el último momento.

## Empresa Familiar y Clientes Privados

### MADRID



#### Eduardo Trigo

**Socio.** Procesal  
+34 915860458  
eduardo.trigo@uria.com



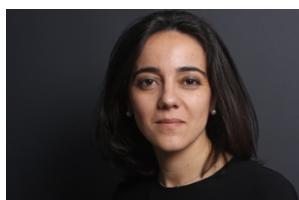
#### Fernando Calbacho

**Socio.** Mercantil  
+34 915860158  
fernando.calbacho@uria.com



#### Gloria Marín Benítez

**Socia.** Fiscal  
+34 915860736  
gloria.marin@uria.com



#### M.ª Encarnación Pérez-Pujazón

**Counsel.** Procesal  
+34 915864525  
mariaencarnacion.perez-pujazon@uria.com

### BARCELONA



#### Luis Viñuales

**Socio.** Fiscal  
+34 934165174  
luis.vinuales@uria.com



#### Carlos Durán

**Socio.** Fiscal  
+34 934165132  
carlos.duran@uria.com

## VALENCIA



### **Sergio Sánchez Gimeno**

**Socio.** Procesal

+34 963531772

[sergio.sanchez@uria.com](mailto:sergio.sanchez@uria.com)



### **Carlos García-Olías**

**Socio.** Fiscal

+34 963531762

[carlos.garcia-olias@uria.com](mailto:carlos.garcia-olias@uria.com)

## BILBAO



### **Arantza Estefanía**

**Socia.** Procesal

+34 944794988

[arantza.estefania@uria.com](mailto:arantza.estefania@uria.com)



**BARCELONA  
BILBAO  
LISBOA  
MADRID  
PORTO  
VALENCIA  
BRUXELLES  
FRANKFURT  
LONDON  
NEW YORK  
BOGOTÁ  
BUENOS AIRES  
CIUDAD DE MÉXICO  
LIMA  
SANTIAGO DE CHILE  
BEIJING**