



EL TRIBUNAL SUPREMO RATIFICA EL FIN DE LA DISCRIMINACIÓN A LOS NO RESIDENTES EN EL ISD

¿GANANCIA PATRIMONIAL O RENDIMIENTO DE CAPITAL? EL TRIBUNAL SUPREMO MATIZA LA CALIFICACIÓN DE LA RENTA EN VENTAS DE ACCIONES PROPIAS A LA SOCIEDAD

INCENTIVOS FISCALES A LA EMPRESA FAMILIAR. ¿CUÁNDO SE DEBE COBRAR LA REMUNERACIÓN POR LAS FUNCIONES DE DIRECCIÓN?

LA DEDUCIBILIDAD DEL IVA POR LAS SOCIEDADES HOLDING

LA PASIVIDAD DOLOSA DEL ADMINISTRADOR COMO INFRACCIÓN DE SU DEBER DE DILIGENCIA EN EL DESEMPEÑO DEL CARGO

EL DERECHO DE SEPARACIÓN DE LOS SOCIOS MINORITARIOS FRENTE AL *IMPERIO DESPÓTICO DE LA MAYORÍA*

Editorial

En el presente número tratamos algunas de las cuestiones más novedosas que afectan a la empresa familiar, tanto en el ámbito fiscal como en el mercantil.

Desde el punto de vista fiscal, se analiza la repercusión que tendrán varios pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo tanto en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones (“ISD”) como en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (“IRPF”).

En relación con el primero de los impuestos, se aborda la esperada confirmación por parte del Alto Tribunal de que las bonificaciones autonómicas se hacen extensivas a los residentes en terceros países, sean o no Estados miembros de la UE o del EEE. Por otro lado, la reciente sentencia de 19 de noviembre de 2020 especifica los términos en que deben cumplirse los requisitos para la aplicación de la reducción del 95 % en el ISD aplicable a la transmisión de negocios y participaciones en entidades y, en concreto, el periodo a considerar para valorar el cumplimiento de que un miembro del grupo familiar ejerza funciones directivas cuya remuneración suponga más del 50 % del total de sus rendimientos del trabajo y actividades económicas.

En cuanto al IRPF, traemos a colación la reciente calificación de la renta obtenida por el socio o accionista persona física de la venta de acciones o participaciones propias a la sociedad.

Sin cambiar de tercio y siguiendo los últimos pronunciamientos administrativos y judiciales, comentamos a modo de resumen los principales criterios de deducción del Impuesto sobre el Valor Añadido que soportan las sociedades *holding* cuya actividad empresarial consiste en la tenencia de participaciones.

Por último, y ya en el ámbito mercantil, nos detenemos en dos resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ambas de 10 de diciembre de 2020. Una de ellas está referida a la acción de responsabilidad individual del administrador y la otra al derecho de separación del socio minoritario por falta de distribución de dividendos.

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



Eduardo Trigo y Sierra
Empresa Familiar y Clientes Privados

El Tribunal Supremo ratifica el fin de la discriminación a los no residentes en el ISD

El Tribunal Supremo refrenda la aplicación de las bonificaciones autonómicas previstas en el ISD por los ciudadanos que no sean residentes en alguno de los Estados miembros de la UE o del EEE, en línea con sus anteriores sentencias relativas a la responsabilidad patrimonial del Estado. Adicionalmente, en otro pronunciamiento, también ha admitido la posibilidad de impugnar una liquidación de ISD que ya habría quedado firme.

Santiago Tórtola García. Fiscal. Valencia

En 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó que la normativa del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (“ISD”) español implicaba una restricción a la libre circulación de capitales al establecer diferencias de trato entre los residentes en España y los no residentes, ya que no permitía que estos últimos aplicaran los beneficios previstos en las distintas normativas autonómicas del ISD. El legislador español trató de poner fin a esta discriminación modificando la normativa del ISD para permitir a los residentes en un Estado miembro de la UE o del EEE aplicar los beneficios autonómicos, pero no así a los residentes en un tercer Estado.

Tal y como se indicó en el segundo número de esta *Tribuna*¹, el Tribunal Supremo confirmó la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado por mantener la discriminación a los residentes en un tercer Estado tras la modificación normativa del ISD.

En línea con este criterio, el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente en dos sentencias de fecha 19 y 30 de noviembre de 2020 de manera expresa sobre la vulneración del derecho de la UE por la discriminación que permanecía vigente en la normativa del ISD español. En ambas sentencias, el Alto Tribunal recupera su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial

1.- Álvaro Paniagua: “También los no comunitarios tienen derecho a las bonificaciones autonómicas en el ISD”, *Tribuna de Empresa Familiar*, n.º 2, abril 2018.

del Estado para confirmar que la diferencia de trato a los residentes en un tercer Estado supone la vulneración de la libre circulación de capitales, libertad comunitaria esencial.

A diferencia de los anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, la novedad de estas recientes sentencias radica en que el Alto Tribunal se pronuncia directa y expresamente sobre la aplicación de estas bonificaciones autonómicas, para concluir que serán aplicables independientemente del lugar de residencia del sujeto pasivo, sea o no un Estado miembro de la UE o del EEE.

En consonancia con el criterio del Tribunal Supremo, el Proyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal (en fase de enmiendas al tiempo de escribir estas líneas) incorpora una modificación de la normativa del ISD con la que extiende la aplicación de los beneficios autonómicos a todos los no residentes, ya sean residentes en un Estado miembro de la UE o del EEE o en un tercer Estado.

Por otro lado, el pasado 16 de julio el Tribunal Supremo admitió la posibilidad de impugnar liquidaciones de ISD que ya han devenido firmes en un supuesto de declaración. Sin obviar la particular casuística del caso, parece que el Tribunal Supremo estaría ofreciendo una vía alternativa a la solicitud de ingresos indebidos o la responsabilidad patrimonial del Estado, con lo que se posibilita que los no residentes discriminados recuperen el ISD indebidamente satisfecho mediante la solicitud de la nulidad de pleno derecho de la liquidación.

En este caso, el Tribunal Supremo ha entendido que el hecho de que la Administración tributaria practicara la liquidación por ISD (por supuesto, sin aplicar bonificación autonómica alguna) sin informar al heredero del procedimiento seguido contra España en relación con la mencionada discriminación a los no residentes determinaría que decayera la firmeza de la liquidación. De esta forma, se abriría la vía para impugnar una liquidación que, *a priori*, era firme e irrecurrible.

Ahora bien, también es cierto que el Tribunal Supremo entiende que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es motivo suficiente para declarar automáticamente la nulidad de las liquidaciones practicadas, por lo que se ha de ir caso por caso en la aplicación de esta nueva doctrina. De igual modo, será interesante ver de qué manera se interpreta este criterio en los supuestos en que no exista una liquidación dictada por la administración, por haber sido el ISD objeto de autoliquidación.

Finalmente, aunque la jurisprudencia recaída hasta la fecha está referida al ISD, la misma problemática se plantearía en el ámbito del Impuesto sobre el Patrimonio ("IP"), dado que hay comunidades autónomas que tienen previsto un régimen más ventajoso que el estatal y que no es aplicable a los residentes en terceros Estados. A nuestro juicio, cabría plantearse si la actual normativa del IP incurriría en los mismos vicios de discriminación que la normativa del ISD, siendo contraria a la libre circulación de capitales.

En línea con lo anterior, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de medidas de

prevención y lucha contra el fraude fiscal se han planteado enmiendas (aunque por parte de grupos políticos sin, *a priori*, suficientes apoyos parlamentarios) con el objetivo de eliminar esta discriminación y lograr la equiparación en el IP de los residentes en un tercer Estado con los residentes en un Estado miembro de la UE o del EEE.

En conclusión, la discriminación en materia de ISD para los no residentes debería quedar definitivamente erradicada del régimen español mediante

la doctrina sentada por las recientes sentencias de noviembre del Tribunal Supremo. Aunque está prevista ya la tan necesaria modificación de la normativa española para adaptarla a la jurisprudencia comunitaria y del propio Tribunal Supremo, sería deseable que dicha modificación normativa sea extendida al ámbito del IP.

¿Ganancia patrimonial o rendimiento de capital? El Tribunal Supremo matiza la calificación de la renta en ventas de acciones propias a la sociedad

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2020 confirma la calificación de las rentas obtenidas por los socios por la venta de acciones o participaciones propias a la sociedad como rendimiento de capital mobiliario si puede distinguirse que una parte de la renta procede de las reservas no distribuidas por la sociedad.

Elena Mata Portero. Fiscal. Madrid

Las operaciones de transmisión de acciones o participaciones realizadas a la propia sociedad, más conocidas como adquisiciones de autocartera, han sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte de la doctrina administrativa y los tribunales de justicia en los últimos años. En particular, el foco de la controversia ha girado en torno a la calificación de la renta obtenida por el socio o accionista persona física a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (“IRPF”) y a su tratamiento en la modalidad de operaciones societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

La compra de acciones o participaciones propias por parte de la sociedad constituye una

operación mercantil recurrente que puede perseguir muy diversas finalidades. A modo de ejemplo, puede tratarse de un paso previo a la entrada en el capital de un nuevo inversor, ser un instrumento para la separación de uno de los socios o accionistas, servir a una posterior operación de reorganización empresarial o utilizarse como medio para la distribución de fondos a los socios o accionistas. Según cuál sea su finalidad, se le atribuirá una u otra calificación desde una perspectiva tributaria.

En este contexto, el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia de fecha 25 de noviembre de 2020 (rec. núm. 4993/2018) que añade un nuevo capítulo a esta saga. En particular, el Alto Tribunal se pronuncia sobre la calificación de la

renta derivada de la venta de acciones o participaciones propias a la sociedad, en el ámbito del impuesto sobre la renta del socio persona física.

No obstante, antes de entrar en detalle sobre este nuevo pronunciamiento, no está de más esbozar unas líneas sobre la situación actual en relación con la tributación de la autocartera sobre la que han tenido oportunidad de pronunciarse nuestros órganos judiciales y administrativos.

Con carácter general, la adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones o participaciones —hablamos siempre de sociedades no cotizadas— supone para el accionista o socio vendedor una alteración patrimonial generadora de la consiguiente ganancia o pérdida patrimonial por la diferencia entre su valor de adquisición y su valor de transmisión. Esta es la calificación que procede en todo caso cuando la compra de autocartera dé lugar a la separación del socio o accionista.

No obstante, si puede inferirse que la adquisición de acciones propias es un instrumento para materializar una ulterior reducción de capital con el objetivo de devolver aportaciones a los socios sin que se produzca su separación, se aplica la norma específica de las reducciones de capital (SSTS de 16 de mayo de 2011 y 23 de junio de 2011, rec. núm. 4702/2008 y 2736/2009, respectivamente). De acuerdo con la regla para las reducciones de capital, el importe de los bienes o derechos percibidos por el socio minorará el valor de adquisición de las ac-

ciones o participaciones afectadas por la reducción de capital hasta su anulación, tributando el exceso como rendimiento de capital mobiliario. No obstante, cuando la reducción de capital se realice con cargo a beneficios no distribuidos, todo lo recibido se trata como rendimiento de capital mobiliario sujeto a retención. Esta regla también se aplica a las reducciones de capital con devolución de aportaciones si los socios continúan participando en la sociedad en idénticos porcentajes antes y después de la reducción cuando se haya efectuado contra reservas.

Así las cosas, la cuestión interpretativa que se sometía al Tribunal Supremo en esta nueva sentencia supone revisar la calificación de la renta obtenida en la compra de autocartera sin posterior amortización (esto es, desligada de una reducción de capital): si debe calificarse como ganancia de patrimonio en su integridad o, en una parte, como rendimiento de capital mobiliario.

Pues bien, el criterio recogido en esta sentencia, muy relevante en la práctica, es que si del precio pagado al socio una parte se corresponde o se paga con cargo a reservas generadas por la sociedad a causa de una falta de reparto de dividendos, esta segunda parte se ha de calificar como rendimiento de capital mobiliario sujeto a retención y solo el resto dará lugar a una ganancia de capital.

Esta sentencia supone la equiparación a efectos fiscales de las rentas derivadas de la amortización de autocartera mediante reducción de

capital con devolución de aportaciones a los socios —siempre que proceda de beneficios no distribuidos— con las rentas percibidas por los socios en casos de adquisición de autocartera sin que la sociedad las amortice.

De esta interpretación que ha efectuado el Tribunal Supremo se derivan determinadas consecuencias. En primer lugar, supone la obligación de retener por parte de la sociedad, mientras que antes de este nuevo pronunciamiento esa renta era calificada como ganancia patrimonial no sujeta a retención. En segundo lugar, se pierde la posibilidad de aplicar el régimen de coeficientes de abatimiento sobre las ganancias patrimoniales (lo cual suponía uno de los principales atractivos de su calificación como ganancia patrimonial). En tercer lugar, dejan de ser aplicables las reglas de cálculo de las ganancias patrimoniales y, por lo tanto, serán de apli-

cación las de los rendimientos de capital mobiliario. Y, por último, puede tener un impacto negativo en el Impuesto sobre el Patrimonio (“IP”) del socio o accionista, al computarse los rendimientos de capital mobiliario a efectos del cálculo del límite conjunto, en virtud del cual el conjunto de las cuotas a ingresar de IRPF e IP no puede superar el 60 % de las bases imponibles del IRPF; no así, en cambio, las ganancias patrimoniales con un periodo de generación superior al año.

A partir de ahora, por tanto, en estas operaciones de compra de acciones o participaciones propias habrá que tener en cuenta no solo las implicaciones desde un punto de vista mercantil, y no solo las implicaciones en la imposición sobre la renta de la transmisión, sino también la incidencia que puede tener en la imposición patrimonial del socio.

Incentivos fiscales a la empresa familiar. ¿Cuándo se debe cobrar la remuneración por las funciones de dirección?

La aplicación de los incentivos fiscales a la empresa familiar exige, entre otros requisitos, que un miembro del grupo familiar ejerza funciones directivas por las que perciba una remuneración que suponga más de la mitad del total de sus rendimientos del trabajo y de actividades económicas. En una reciente sentencia, el Tribunal Supremo confirma que este requisito debe cumplirse entre el 1 de enero y la fecha de fallecimiento del causante y que deben existir elementos de prueba que acrediten su efectiva percepción.

Javier Arregui. Fiscal. Barcelona

Oriol Oliva. Fiscal. Barcelona

A los efectos de facilitar el tránsito generacional del patrimonio familiar, la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (“ISD”) prevé una reducción del 95 % aplicable a la transmisión de negocios y participaciones en entidades, previo cumplimiento de una serie de requisitos.

Uno de esos requisitos es que el transmitente (o cualquier miembro del grupo de parentesco, cuando la participación conjunta en el capital de la entidad alcanza el 20 %) ejerza funciones de dirección en la sociedad y perciba por ello una retribución que represente más de la mitad del total de sus rendimientos del trabajo y de actividades económicas.

Una de las cuestiones controvertidas que este requisito ha suscitado tradicionalmente se refiere al periodo en el que debe cumplirse. Es decir, en definitiva, cuándo deben cobrarse dichas remuneraciones. En función de cuál sea la respuesta, el cumplimiento del requisito y, por tanto, la aplicación de la reducción del 95 %, podrían verse comprometidos.

Como señalábamos en la edición de la *Tribuna de la Empresa Familiar* del mes de enero de 2020, la controversia se origina por el hecho de que el ISD es un impuesto instantáneo (el devengo se produce en la fecha de fallecimiento o donación), mientras que el Impuesto sobre el Pa-

trimonio (“IP”) es un impuesto periódico (cuyo devengo se produce el 31 de diciembre de cada año). Por tanto, mientras está claro que en el IP el requisito debe cumplirse en el año natural completo, en el ISD cabrían dos opciones: que su cumplimiento se exija en el año natural anterior o en el periodo transcurrido desde el 1 de enero hasta el momento de la transmisión.

Mientras que en las donaciones no resultaría problemático en la práctica que se impusiese el cumplimiento del requisito en el periodo transcurrido desde el 1 de enero hasta la fecha de la donación (aunque no es este el criterio de la Dirección General de Tributos, sí es el que comparte el TEAC), en caso de adquisición por sucesión *mortis causa* cabría pensar, en cambio, que debiera admitirse su cumplimiento en un periodo de doce meses completos, al ser la muerte un hecho o circunstancia imprevisible en muchas ocasiones. Y ello, con independencia de si quien realizaba las funciones de dirección era el propio causante, en cuyo caso con su fallecimiento finaliza el periodo impositivo a efectos del IRPF -que es el argumento tradicionalmente aducido para concluir que el periodo debe ser el comprendido entre 1 de enero y la fecha de la muerte-, o era un familiar del grupo de parentesco. A ello conduciría una interpretación acorde con la finalidad de este incentivo fiscal, encaminado a no entorpecer la transmisión, desarrollo y crecimiento de las empresas familiares.

En Cataluña, la cuestión está resuelta normativamente en el sentido de que el periodo a considerar en sucesiones *mortis causa* es el año natural completo anterior a la muerte². Sin embargo, la Ley del ISD estatal³ no establece regla alguna, lo que en la práctica ha dado lugar a criterios interpretativos diferentes.

Pues bien, en este contexto, la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2020 (rec. cas. 420/2018), confirma que el periodo en el que tienen que haberse percibido las remuneraciones es el transcurrido entre el 1 de enero y la fecha de fallecimiento del causante en un caso en el que la persona que ejercía las funciones directivas era un miembro del grupo familiar del fallecido. No es este un criterio nuevo, pues ya se establecía así en alguna sentencia del propio Tribunal Supremo (por todas, STS de 16 de diciembre de 2013, rec. cas. 28/2010), así como en la añeja Resolución 2/1999 de la DGT (cuando quien ejercía las funciones de dirección era el propio causante).

En la práctica, esta interpretación podría conducir a considerar incumplido el requisito, por ejemplo, en caso de que el fallecimiento se produjese el día 2 de enero, salvo que quien ejerciese las funciones de dirección (el propio causante o un miembro de su grupo de parentesco) hubiese cobrado su retribución el día 1 de enero. Consciente de los problemas que puede plantear esta solución, el Tribunal Supremo abre la

2.- Artículo 2.c) del Decreto 414/2011, de 13 de diciembre.

3.- Ley 29/1987, de 18 de diciembre.

puerta en su sentencia de 5 de abril de 2019, rec. cas. 2313/2017, relativa a la explotación de actividades agrícolas, a que pueda modularse o ponderarse este criterio si las circunstancias son excepcionales y lo justifican (mencionando, a modo de ejemplo, el posible fallecimiento el segundo día del año).

Respecto a la cuestión de la acreditación del hecho, la reciente sentencia del Tribunal Supremo a que hacíamos referencia, de 19 de noviembre de 2020 (rec. cas. 420/2018), subraya que debe probarse la efectiva percepción de los rendimientos entre el 1 de enero y la fecha de fallecimiento del causante. En el caso de autos, el recurrente pretendía que se admitiesen como pruebas el modelo 190 (resumen anual de retenciones practicadas por la sociedad), el certificado anual de retenciones expedido por la sociedad y su autoliquidación del IRPF, alegando que debían prorratearse las cantidades anuales percibidas y considerar que en el mes de octubre —cuando tuvo lugar el fallecimiento— se habían percibido diez de las doce mensualidades, por lo que debía entenderse cumplido el requisito.

No obstante, primero el tribunal de instancia (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia de 21 de julio de 2017, rec. 1048/2015) y después el Tribunal Supremo consideran que el recurrente no había aportado ninguna prueba que acreditase suficientemente la percepción

efectiva de dichas retribuciones periódicas que, en la fecha de fallecimiento del causante, hubiesen permitido cumplir el requisito de remuneración. El TSJ señala que la documentación aportada se refiere a “*anualidades íntegras*” y que “*si admitimos el sistema de cálculo que propugna el actor [prorrateo de las rentas anuales], entonces corremos el riesgo de dejar a la voluntad del heredero la ventaja fiscal permitiéndole configurar sus requisitos después de la muerte del causante*”. Y —añade— todo ello “*pese a la facilidad de su acreditación [la percepción periódica de rentas] mediante la presentación de los modelos de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF trimestrales o mensuales, documentos bancarios o apuntes contables de los pagos en que aparezcan sus fechas concretas*”.

Sea como fuere, la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos recuerda la necesidad de organizar debidamente el cumplimiento de los requisitos para la aplicación de la reducción del 95 % en ISD en las transmisiones de empresas familiares. En particular, las remuneraciones por el ejercicio de funciones directivas deberían percibirse de tal forma que en cualquier momento del año estas fuesen superiores al resto de las retribuciones del trabajo y de actividades económicas. Una posibilidad que permite asegurar el cumplimiento del requisito es que la sociedad satisfaga la totalidad de la retribución el primer día del año.

La deducibilidad del IVA por las sociedades holding

Los criterios de deducción del IVA que soportan las sociedades holding cuya actividad principal consiste en la tenencia de participaciones han sido en ocasiones controvertidos ante la ausencia de guías claras. Sin embargo, recientes pronunciamientos de los órganos administrativos y de los tribunales de justicia permiten aclarar algunos puntos sobre esta cuestión.

Alberto Artamendi. Fiscal. Barcelona

Determinar si una sociedad holding, cuya actividad consiste única o principalmente en la tenencia de participaciones en otras entidades, puede deducir el IVA soportado nunca ha sido una cuestión sencilla dada la ausencia de guías interpretativas o criterios administrativos claros, como los publicados por las administraciones fiscales de otros países⁴. Este comentario pretende resumir los principales criterios que emanan de recientes pronunciamientos administrativos y judiciales que interpretan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) sobre la materia.

(i) Respecto a las sociedades “holding” y la realización de actividades sujetas a IVA

La primera cuestión que debe clarificarse es que, a efectos del IVA, la mera tenencia, compra y venta de participaciones no tiene la consideración de actividad económica. Por lo tanto, una entidad holding que únicamente adquiriera, mantuviera y en su caso transmitiera participaciones en otras entidades no podría deducir las cuotas de IVA soportadas, puesto que se comportaría como un simple consumidor final a efectos del impuesto. Ahora bien, una holding mixta que no solo realiza estas actividades, sino

4.- Véase por ejemplo en el siguiente enlace la guía publicada por las autoridades fiscales del Reino Unido, de gran calidad y claridad expositiva (en inglés):

<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/vat-input-tax/vit40600>

que también presta servicios (por ejemplo, servicios de dirección) a título oneroso a sus filiales, sí podría estar realizando una actividad económica que comportara derecho a deducir el IVA soportado. Esta es la doctrina que ha desarrollado el TJUE en sentencias como c. *Cibo Participations*, C-16/00, de 27 de septiembre, o c. *Portugal Telecom SGPS SA*, C-496/11, de 6 de septiembre, entre otras. Es más, recientemente, el TJUE ha confirmado que este derecho surge incluso en relación con los gastos incurridos para adquirir las participaciones en una entidad a la que estaba previsto prestar servicios aun cuando esta adquisición finalmente no se lleva a cabo (c. *Sonaecom SGPS SA*, c-42-19, de 12 de noviembre).

Como razonan estas sentencias, en el caso de que exista prestación de servicios a título oneroso, los gastos incurridos en relación con la adquisición y tenencia de las participaciones se consideran gastos generales de la sociedad holding y están por tanto relacionados directa e inmediatamente con el conjunto de su actividad económica. En consecuencia, el IVA de estos gastos es deducible salvo que las actividades económicas realizadas no den derecho a deducir total o parcialmente este IVA. La reciente consulta vinculante V1184-20, de 30 de abril, de la Dirección General de Tributos (“DGT”), interpretando a su vez la resolución de 18 de mayo de 2019 (Recurso 00-02228-2016) del Tribunal Económico-Administrativo Central, ha acogido

este criterio matizando que si solo se prestan servicios de gestión respecto de algunas filiales, el IVA debe ser deducido solo parcialmente “con arreglo a un reparto razonable y homogéneo”, sin especificar cuál debe ser este. A estos efectos, parece razonable considerar un criterio similar al de la prorrata especial o al de los sectores diferenciados, consistente en excluir la deducibilidad del IVA soportado en los gastos o inversiones exclusivamente relacionados con las filiales a las que no se prestan servicios y una proporción del IVA soportado en los gastos o ingresos vinculados indistintamente con filiales a las que no se prestan servicios y filiales a las que sí se prestan servicios.

(ii) Respecto a la transmisión de participaciones y los efectos en el derecho a deducir el IVA soportado por la sociedad “holding”

Superada el primer análisis relativo a si la adquisición y tenencia de las participaciones es una actividad sujeta a IVA, puede plantearse si la transmisión de estas participaciones tiene o no incidencia en la deducción del IVA de la holding a través de la regla de prorrata. En particular, debe determinarse si la transmisión de las acciones, operación generalmente exenta de IVA, es o no una actividad financiera “accesoria” (en términos de la directiva de IVA⁵) o “no habitual” (en términos de la transposición que ha tenido este término en la Ley del IVA española⁶)

5.- Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006.

6.- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido

que no afecta a la deducibilidad del IVA soportado, cuestión que se plantea igualmente y en términos similares en el ámbito de la concesión de préstamos intragrupo por parte de entidades holding.

El criterio tradicional del TJUE (por ejemplo, c. *Régie Dauphinoise*, C-306/94, de 11 de julio, c. *Floridienne SA y Berginvest SA*, C-142/99, de 14 de noviembre, o c. *Desenvolvimento Mineiro SGPS SA*, C-77/01, de 29 de abril) es el de considerar en primer lugar que estas actividades de transmisión de acciones o de concesión de préstamos no son accesorias y, por lo tanto, que tienen incidencia en la prorrata, en la medida en que constituyan una “*prolongación directa, permanente y necesaria*” de la actividad principal del sujeto pasivo. Otros criterios que han apuntado estas sentencias es la magnitud de los ingresos generados por la pretendida actividad accesorias o el nivel de uso de bienes y servicios sujetos a IVA en esa actividad, si bien “*el hecho de que tales operaciones generen ingresos superiores a los producidos por la actividad indicada como principal no puede excluir, por sí solo, la calificación como operaciones accesorias* (c. *Mercedes Benz Italia SpA*, C-378/15, de 14 de diciembre)”.

Esta doctrina ha comportado, por ejemplo, que se considerara (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2020, con número de recurso 3545/2005) que un supermercado que reinvertía los excedentes de tesorería derivados de su sistema de pagos (vendía al contado y pagaba a proveedores a 30 días) no podía considerar los

ingresos financieros como accesorios o no habituales. Estos ingresos eran la prolongación directa de su actividad normal y, en cuestión de volumen, suponían un porcentaje muy significativo de los beneficios totales de la sociedad, de modo que el supermercado veía afectado parcialmente su derecho a deducir el IVA soportado.

En el concreto ámbito de las sociedades holding, las recientes consultas vinculantes de la DGT V0847-20 y V0850-20, ambas de 14 de abril, aplican también esta doctrina y apuntan como criterios para considerar accesorios los ingresos por préstamos a sus filiales, la utilización “*muy limitada*” de bienes y servicios para la realización de estas operaciones o “*que el volumen de ingresos financieros representa un porcentaje muy pequeño respecto de los ingresos totales de la actividad*”. Lamentablemente, las consultas no contienen criterios concluyentes por tratarse de una cuestión de hecho que los órganos de inspección deben valorar, limitándose a señalar que estos son “*aspectos que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de (la) calificación como operaciones accesorias o no habituales*”.

Finalmente, tres sentencias del Tribunal Supremo dictadas a lo largo de 2020 (sentencias de 2 de marzo, con número de recurso 2465/2017, de 18 de mayo, con número de recurso 34/2018, y de 19 de mayo, con número de recurso 4855/2020) analizan si la transmisión de unas participaciones constituye o no una actividad financiera accesorias, con incidencia en la capacidad de la entidad holding transmitente para deducir el IVA que soporta. En dos

de ellas el Tribunal Supremo concluye que los ingresos obtenidos en la transmisión constituyen la contraprestación de una actividad accesorio y en otra concluye lo contrario.

Sin embargo, lo interesante de estas sentencias es la aplicación de la doctrina del TJUE que el Tribunal Supremo lleva a cabo, analizando si existe una vinculación directa, permanente y necesaria entre esas transmisiones y la actividad del sujeto pasivo así como la intensidad en el uso de bienes y servicios para la transmisión de participaciones. Entre los criterios que llevan al Tribunal Supremo toma en consideración a estos efectos, que no difieren significativamente de los apuntados por el TJUE, están la habitualidad o infrecuencia de la actividad accesorio, su relación con la actividad principal, el grado de utilización de bienes y servicios sujetos a IVA

de esta o la proporción que representa sobre el volumen total de negocio del sujeto pasivo.

A la luz de estos pronunciamientos, podría ser conveniente revisar el tratamiento que se ha venido dando al IVA en el marco de las sociedades holding familiares. Si se hubiese considerado no deducible, debería verificarse si al menos una parte de este IVA era en realidad deducible. Si, en cambio, todo el IVA se hubiese considerado deducible, debería analizarse en qué medida una parte de este podría no serlo por estar vinculado con actividades no sujetas a IVA o con actividades financieras no accesorias. En el caso de que se esté aplicando ya un criterio de reparto, será aconsejable revisar la adecuación de este a los criterios contemplados por los distintos pronunciamientos recientes de nuestra administración y nuestros tribunales.

La pasividad dolosa del administrador como infracción de su deber de diligencia en el desempeño del cargo

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de diciembre de 2020, estima la acción de responsabilidad individual del administrador que, tras producirse un enriquecimiento injusto en la sociedad que administra, no adopta las medidas necesarias para restituir el cobro de lo indebido.

Eduardo Soria Salvo. Procesal. Madrid

El procedimiento trae causa de un contrato de producción televisiva garantizado mediante un crédito documentario. El conflicto surge cuando, debido a un error cometido por los empleados de la entidad bancaria, la sociedad demandada dispuso por duplicado de la cantidad garantizada, mediante un primer anticipo y su posterior cobro.

En su demanda, la entidad bancaria ejercita una acción de enriquecimiento injusto dirigida a la sociedad por el cobro duplicado y otra acción de responsabilidad individual frente al administrador, por negarse sin justificación al reintegro requerido.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid, de 9 de febrero de 2015, estimó ambas acciones y condenó solidariamente a la sociedad y a su administrador al pago de lo indebidamente cobrado.

Con posterioridad, la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 9 de marzo de 2018, confirmó el pronunciamiento sobre el enriquecimiento injusto de la sociedad, pero desestimó la acción de responsabilidad individual formulada contra el administrador.

El tribunal de apelación fundamentó su decisión en que, a pesar de que la demanda sustentaba la responsabilidad individual del administrador en una conducta dolosa al cobrar en la oficina

de la entidad bancaria la cantidad cuestionada, este hecho no fue reconocido en la sentencia recurrida. A tenor de la testifical practicada, fue la esposa del administrador, que ostentaba el cargo de directora financiera de la sociedad demandada, quien provocó el error en el personal de la oficina bancaria.

El Tribunal Supremo, en cambio, comparte el criterio del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid y casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, confirmando la estimación de la acción de responsabilidad individual del administrador.

Nuestro Alto Tribunal recuerda, a través de su jurisprudencia reiterada⁷, que la acción de responsabilidad de los administradores supone una especial aplicación de la responsabilidad extracontractual, que cuenta con una regulación propia en el artículo 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”). Se trata de una responsabilidad por ilícito orgánico, contraída por el administrador en el desempeño de sus funciones.

El mencionado artículo 241 de la LSC permite ejercitar a los socios y terceros una acción individual contra los administradores cuando concurren todos los presupuestos exigidos por la jurisprudencia: (i) un comportamiento activo o pasivo del administrador que sea **antijurídico**

por infringir la ley o los estatutos, o bien por no ajustarse a la diligencia exigible a todo representante leal; (ii) que la conducta antijurídica cause un **daño directo** al tercero, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (iii) que exista relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño directo.

Ahora bien, la jurisprudencia también ha declarado en múltiples ocasiones⁸ que no puede acudir de forma indiscriminada a la responsabilidad individual del administrador por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad. Esta solución vulneraría los principios fundamentales de las sociedades de capital y de los contratos.

En el caso que nos ocupa, el Alto Tribunal concluye que el daño causado a la entidad bancaria por el doble pago del mismo crédito a la sociedad demandada, generador a su vez de un enriquecimiento injusto correlativo, constituye un auténtico daño directo. También considera pacífica tanto la existencia de relación de causalidad entre el doble pago y el daño patrimonial sufrido por la entidad bancaria como la antijuridicidad de la propia situación.

Por todo ello, la pasividad del administrador al no adoptar las medidas necesarias para restituir el cobro de lo indebido por parte de la sociedad supone un incumplimiento de su obligación de

7.- *Vid.*, por todas, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2017 (RJ 2017, 668), de 27 de febrero de 2017 (RJ 2017, 663), de 13 de julio de 2016 (RJ 2016, 3191) y de 18 de abril de 2016 (RJ 2016, 1342).

8.- *Vid.*, por todas, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2391).

desempeñar su cargo con diligencia, que se agravó al disponer o permitir que otros dispusieran de los fondos recibidos.

La Sala Primera no considera necesario probar que el beneficiario de los fondos fuera el propio administrador. Lo relevante no es que los fondos se desviasen del propio patrimonio social

(que, de hecho, es donde se residencia el enriquecimiento sin causa), sino que, a consecuencia de este enriquecimiento, el administrador, a tenor de las particulares circunstancias concurrentes, incumplió su deber de diligencia con arreglo al estándar exigible a un ordenado empresario.

El derecho de separación de los socios minoritarios frente al *imperio despótico de la mayoría*

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 2020, reconoce el ejercicio del derecho de separación del socio que vota en contra de la propuesta de aplicación de resultado que no incluye expresamente la distribución de dividendos.

Borja Sabater Torrónegui. Procesal. Madrid

La Sala Primera del Tribunal Supremo analiza el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”) conforme a la anterior redacción prevista por la Ley 25/2011, de 1 de agosto⁹. Ese artículo regula el derecho de separación de los socios en caso de falta de distribución de dividendos con una evidente voluntad protectora del minoritario frente al mayoritario.

El orden del día de la junta general de la sociedad familiar incluía, entre otros, los siguientes puntos: (i) examen y, en su caso, aprobación de

las cuentas anuales de la sociedad, correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010; y (ii) examen y, en su caso, aprobación de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010. Todos los asuntos del orden del día fueron aprobados por la mayoría (79,77 % del capital social). Votaron en contra tres socios que no formaban parte del órgano de administración.

Según consta en acta notarial, en el punto segundo del orden del día, los tres socios minoritarios manifestaron su queja por aplicarse el resultado a reservas y no repartirse dividendos. A

9.- El primer motivo de casación denuncia la aplicación del artículo 348 bis de la LSC al acuerdo adoptado en la junta general de 15 de octubre de 2011, que aprobó la aplicación del resultado del ejercicio 2010. La Sala Primera considera que es de aplicación, ya que el artículo

fue introducido en la LSC por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital, cuya entrada en vigor fue el 2 de octubre de 2011.

continuación, esos tres socios minoritarios comunicaron a la sociedad familiar su voluntad de ejercer el derecho de separación dentro del plazo legal de un mes que fija el artículo 348 bis de la LSC.

Sin embargo, los socios mayoritarios no respondieron, y los minoritarios solicitaron al Registro Mercantil la designación de auditor a efectos de valorar sus respectivas participaciones sociales.

De este modo, se tramitó el correspondiente procedimiento administrativo, que concluyó con la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que reconocía el derecho de nombramiento de auditor. Contra esa resolución, que puso fin a la vía administrativa, la sociedad familiar presentó demanda de impugnación, que fue estimada por el Juzgado de lo Mercantil.

Siete meses después, los socios minoritarios presentaron una demanda contra la sociedad familiar para que se reconocieran sus derechos de separación por falta de reparto de dividendos y se condenara al reembolso del valor razonable de sus participaciones sociales.

La demanda fue estimada en primera instancia y ratificada por el tribunal de apelación. La Audiencia Provincial consideró probadas tanto la

votación en contra de la aplicación del resultado a reservas voluntarias como la manifestación expresa de que se aplicara a dividendos.

En el recurso de casación interpuesto por la sociedad familiar se denunció la posible infracción del artículo 348 bis de la LSC por no haber votado expresamente los socios minoritarios a favor de la distribución de dividendos.

Sin embargo, el argumento es rechazado por la Sala Primera en la medida que la anterior redacción del precepto no exigía un voto expreso favorable a la distribución de dividendos por parte del socio que quiere separarse. Entre otras cosas, porque el órgano de administración puede no incluir la distribución de beneficios como punto del orden día.

En ese sentido, acoge su doctrina en relación con la protección de los socios minoritarios¹⁰. Es decir, el derecho de separación se configura como un instrumento frente al “*imperio despótico de la mayoría*”.

En consecuencia, resulta suficiente el voto en contra de la propuesta de aplicación de resultado cuando se aplique a otros fines distintos de la distribución de dividendos.

10.- *Vid.*, por todas, la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 3521).

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



Carlos García-Olías
Socio. Fiscal
+34 963531762
carlos.garcia-olias@uria.com

BILBAO



Javier Balza
Socio. Procesal
+34 944163796
javier.balza@uria.com



Iratxe Celaya
Socia. Fiscal
+34 944794992
iratxe.celaya@uria.com

BARCELONA
BILBAO
LISBOA
MADRID
PORTO
VALENCIA
BRUXELLES
LONDON
NEW YORK
BOGOTÁ
LIMA
SANTIAGO DE CHILE

www.uria.com

La información contenida en esta publicación es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico