

**FERNANDO DE LA HUCHA CELADOR  
RAFAEL LARA GONZÁLEZ**

*Catedrático de Derecho Financiero  
y  
Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Pública de Navarra*

**LA PROBLEMÁTICA DE LAS  
SOCIEDADES MERCANTILES  
CERRADAS: ASPECTOS FISCALES,  
MERCANTILES Y PENALES A LA  
LUZ DE UN SUPUESTO DE HECHO**

**SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES**
- II. ASPECTOS PENALES**
  - 1. Delitos societarios**
  - 2. Delito de apropiación indebida**
- III. ALTERNATIVAS MERCANTILES PARA LA SOCIEDAD LIMITADA Y PARA SUS SOCIOS**
  - 1. Introducción**
  - 2. Disolución de la sociedad**
  - 3. Escisión de la sociedad**
  - 4. Transmisión de las participaciones sociales**
  - 5. Reducción del capital social con amortización de participaciones**
  - 6. Aumento del capital social**
- IV. CONSIDERACIONES FISCALES DE LAS DISTINTAS OPCIONES MERCANTILES ANALIZADAS**
- V. CONSIDERACIONES FISCALES SOBRE LA TRANSMISIÓN DE ACCIONES**

**I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES**

La mercantil JUMASA S.L. se constituyó el día 15 de junio de 1969, siendo sus socios, a partes iguales, es decir con un 33,33% cada uno, los hermanos Catena Campo (Marcos y Juan) y D. Carlos Amezcua Gómez. El capital social se fijó en 1.500.000 pesetas, distribuido en 1.500 participaciones de mil pesetas de valor nominal.

En 1992 se constituye la también mercantil NAFARTENA S.A.L., entre cuyos socios capitalistas –por contraposición a los socios trabajadores– se encuentran, en lo que ahora interesa y entre otras personas, los hermanos Catena Campo con un total de 1.637 acciones cada uno (el total de acciones en circulación es de 18.017 con un valor nominal de mil pesetas cada una) y los herederos del Sr. Amezcua Gómez, con igual número de acciones. A ellos hay que añadir a D. Javier Catena, hijo de D. Juan Catena y *ex* socio trabajador que actualmente ostenta la condición de socio capitalista y que posee igualmente 1.637 acciones. De ello se desprende que entre los tres miembros de la familia Catena poseen el 27,25758% del capital de la citada sociedad anónima laboral y, sumando el porcentaje del Sr. Amezcua, el porcentaje de participación, a través de personas físicas, de la sociedad limitada en la sociedad anónima laboral ascendería al 36,34344%, dato que puede ser relevante desde el punto de vista tributario y, en especial, desde la consideración de ambas sociedades como entidades vinculadas, de conformidad con lo previsto en el art. 28.2.e) de la Ley Foral 24/1996, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. El grado de participación no alcanza, sin embargo, la posibilidad de optar por el régimen de grupos de sociedades –régimen de consolidación fiscal en la terminología adoptada a partir del 1 de enero de 2002–, teniendo en cuenta, además, que la sociedad limitada se encuentra sometida obligatoriamente al régimen de transparencia fiscal de tal manera que sus bases imponibles positivas se imputan directamente a los socios. Teniendo en cuenta, además, que el único activo de la sociedad limitada son dos naves industriales sitas en el Polígono Industrial de Aoiz y que, en su momento, fueron arrendadas a la sociedad anónima laboral para, en los momentos actuales, seguir el mismo destino económico con variación en los arrendatarios, la sociedad limitada puede calificarse, a efectos fiscales, como una sociedad de mera tenencia de bienes, en la que, evidentemente, más del 50% de su activo está constituido por bienes o derechos no afectos a actividades empresariales o profesionales, tipificación que es relevante desde el punto de vista tributario, no sólo desde el punto de vista del I.R.P.F. de los partícipes, sino también desde el punto de vista del I.V.A. (en caso de transmisión del patrimonio empresarial). Además –y ello introduce un factor de reflexión en cuanto al tiempo en que habrían de realizarse las operaciones mercantiles– conviene tener presente que la modificación de la Ley del I.R.P.F. (proyectada por el Estado para su entrada en vigor el 1 de enero de 2003 y que, previsiblemente, seguirá la Comunidad Foral de Navarra, poder tributario al que se encuentran sujetos todos los implicados en la operación), la desaparición del régimen de transparencia fiscal y la creación del régimen de sociedades patrimoniales (con un régimen transitorio muy peculiar) introduce nuevos factores de cara al diseño de las posibilidades fiscales de las transmisiones.

Carecemos de los datos relativos a los balances y cuenta de pérdidas y ganancias de ambas sociedades, de forma que algunas apreciaciones han de tomarse con carácter provisional y sujetas, por ende, a confirmación y/o rectificación sobre la base de estos documentos societarios inexcusables. Únicamente contamos con datos fragmentarios que se desprenden de la declaración del Impuesto sobre el Patrimonio de D. Marcos Catena, en cuya virtud su participación en la sociedad limitada tenía un valor de 145.788,52 €, mientras que el valor de sus acciones en la sociedad anónima laboral asciende a 79.728,77 €; en ambos casos, se trata del valor declarado a 31 de diciembre de 2001. Con estos datos, el valor de la sociedad limitada, a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, sería de 437.365,56 €, mientras que la sociedad anónima laboral tendría un valor de 877.503,83 €. Ignoramos, sin embargo, si la valoración se ha realizado sobre la base del valor teórico de las participaciones y acciones, capitalizando los beneficios de los últimos tres años o a través de una vía distinta. Ignoramos también si dicha valoración es la que se desprende de las declaraciones por el Impuesto sobre el Patrimonio de los restantes socios. En cualquier caso, sí conviene realizar dos observaciones adicionales: de un lado, que, al menos en el caso de la sociedad limitada, la valoración efectuada sobre la base del valor teórico de la participación tiene (de cara a eventuales transmisiones de acciones) un nulo interés, dado que los

activos de la sociedad se encuentran prácticamente amortizados, sin que conste que la sociedad limitada se acogiera, en 1996, a la actualización voluntaria de activos, presuponiendo en consecuencia que los activos se encuentran estimados por su valor neto contable, muy alejado de su valor de mercado, lo cual influye, lógicamente, en el valor de las participaciones. De otro lado, que la valoración a efectos del I.P. sí puede ser trascendente *ad intra* en el caso de transmisiones lucrativas intervivos por parte de D. Marcos Campo a favor de sus descendientes, posibilidad que desarrollaremos más adelante.

En cualquier caso, conviene resaltar aquí (por su posible trascendencia de cara a la valoración mercantil del activo de la sociedad limitada y, subsiguientemente, de las participaciones de los socios) que, según certificación de uno de los administradores solidarios de JUMASA S.L., de fecha 4 de junio de 2002 y referida al ejercicio social de 2001, ésta tuvo un beneficio contable de 36.143 pesetas, que fueron a compensar pérdidas del año 1999 (ignoramos por carecer de los balances la situación en el año 2000). No obstante, en esta misma carta, se certifica que le han sido practicadas retenciones por importe de 12.139,80 €; presuponiendo que estas retenciones corresponden a los arrendamientos de las naves industriales y teniendo en cuenta el tipo de retención previsto en el art. 83 del Decreto Foral 174/99, de 24 de mayo, del Reglamento del I.R.P.F., puede colegirse que durante el año 2001, la sociedad limitada obtuvo unos ingresos brutos (I.V.A. excluido) por arrendamiento de las naves industriales de 80.932 €; deducidos gastos (¿retribución de los administradores?, impuestos indirectos, gestorías, etc.) y fijados, prudentemente, éstos en 12.000 €, encontraríamos un beneficio bruto de 69.000 € (redondeados), de forma que, a su vez, y si capitalizamos al 6%, podríamos estimar el patrimonio de la sociedad en, aproximadamente, 1.150.000 €. Evidentemente, hay que tomar esta valoración *cum granum salis*, puesto que a la fecha de terminación de esta trabajo, no conocemos la composición del pasivo de la sociedad, al carecer de los balances preceptivos. En todo caso, se trata de ofrecer un elemento adicional de valoración de la sociedad de cara a una ulterior y necesaria negociación sobre el valor de las participaciones de la misma. Elemento que no es incompatible con otras alternativas como pueden ser la sujeción del valor de las naves a peritaje independiente (aceptado por todas las partes) y/o la contrastación con el valor catastral, previas las correcciones oportunas derivadas de la desviación entre éste y el valor de mercado.

El objeto del trabajo se complica, sin embargo, por la presentación de distintas querellas y juicios civiles por parte, especialmente, del heredero del Sr. Amezcua Gómez, de tal manera que los eventuales acuerdos para la salida ordenada de los hermanos Catena (y del hijo de D. Juan) del capital de la sociedad anónima laboral y la concatenación entre dicha salida y la situación particional en la sociedad limitada exige, forzosamente, una disección de los distintos frentes abiertos, prestando, en primer lugar y teniendo en cuenta la prejudicialidad penal, especial atención al tratamiento y a la situación procesal de los delitos –societarios y de apropiación indebida– que han sido imputados a los hermanos Catena Campo, como consecuencia de las desavenencias reconocidas por todas las partes implicadas. Despejada esta cuestión –si es posible– entraremos a examinar las distintas alternativas susceptibles de ser propuestas, teniendo en cuenta dos consideraciones: de un lado, que el acuerdo debería ser, preferentemente, global (es decir, con subsunción de las cuestiones penales, mercantiles y fiscales) y de otro que debe abarcar a ambas sociedades, la sociedad limitada y la sociedad anónima laboral.

Hay que tener en cuenta, en fin, que las partes implicadas, y en especial el Sr. Amezcua, han prescindido del recurso al arbitraje de equidad al que, sin perjuicio de las acciones judiciales, se remiten los estatutos sociales de ambas mercantiles de referencia. Evidentemente este recurso al arbitraje se produce sólo en el caso de discrepancias que no tengan o no sean susceptibles de tener relevancia penal, pero nos tememos

que la interposición de querellas ha buscado ser más un elemento de presión que una actuación en aras de la justicia.

## II. ASPECTOS PENALES

### 1. Delitos societarios

Comenzaremos por el examen de la querella interpuesta el 14 de mayo de 2002 por D. Javier Campo Domínguez contra los socios-trabajadores de NAFARTENA S.A.L. por (*sic*) delito societario. Lo primero que llama la atención es que no se especifica cual de los delitos englobables en esta categoría es constitutivo de la conducta de los socios-trabajadores. En efecto, el Código Penal habla en plural de los delitos societarios en el capítulo XIII del Título XIII (*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*), pero los artículos 290 a 297 del CP recogen hasta un total de seis tipos de delitos societarios. No obstante, la querella ya adelanta que durante la instrucción se ampliará a los tipos penales que correspondan, aun cuando apunta que los hechos se subsumen en el art. 291 del C.P. Conviene destacar –y esto es relevante no sólo para ésta sino para las demás querellas– que, conforme el art. 296 del C.P. los hechos tipificados en el capítulo citado sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante, salvo que afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. Nuestra impresión es que difícilmente –salvo innovaciones sustanciales en la instrucción– prosperará la querella, puesto que lo único que subyace es un desacuerdo sobre determinadas actuaciones de los socios-trabajadores, derivadas de la rescisión del contrato de arrendamiento con JUMASA S.L.

En efecto, y estas consideraciones son válidas para las querellas interpuestas por el Sr. Amezcua contra los hermanos Catena, razón por la que nos extendemos aquí para remitirnos al llegar al estudio de éstas, la interpretación jurídico-mercantil del tipo del art. 291 del C.P. requiere no olvidar la existencia de otro delito (el del artículo 292) que supone criminalizar la imposición de acuerdos lesivos adoptados por una mayoría ficticia, de forma que ello obliga a interpretar el que ahora nos ocupa de forma que albergue un contenido autónomo. Es decir, el art. 291 castiga la imposición de acuerdos abusivos mediante el prevalimiento de una situación mayoritaria en los órganos de representación o de gobierno de una sociedad mercantil.

No debe caber duda que carece de toda legitimación prever como comportamiento típico la adopción de un acuerdo abusivo mediante el mero disfrute de una posición mayoritaria en un órgano social. Cuando esa posición mayoritaria se ostenta de forma legítima y necesaria en el caso de las Sociedades Anónimas Laborales, donde los socios-trabajadores forzosamente han de estar en mayoría, su utilización no parece que pueda representar uno de los más graves ataques imaginables a los intereses que se pretenden tutelar: los intereses económicos de los socios minoritarios.

La intervención penal, además, no es necesaria. En efecto, el régimen de impugnación de acuerdos sociales (arts. 115 a 122 LSA y art. 56 LSRL) y el régimen de responsabilidad de los administradores (arts. 133 a 135 LSA y art. 69 LSRL) ofrecen una respuesta suficiente a la necesidad de tutela de los derechos de los socios minoritarios frente a los ataques de la mayoría. En definitiva, estos dos regímenes civiles de defensa convierten la criminalización del supuesto previsto en el artículo 291 del CP en una peligrosa intromisión del Derecho penal en el ámbito societario, creando así acciones penales que pudieran ser objeto de un uso perverso y claramente manipulable.

Es evidente que la configuración de la materia prohibida debe pasar por la conceptualización del “acuerdo abusivo” y si se quiere dotar a este ilícito penal de cierto contenido material y de una mínima carga de lesividad para el objeto jurídico tutelado debe compartirse la idea de que el acuerdo será abusivo cuando se realice en perjuicio

de los demás socios, con ánimo de lucro propio o ajeno y sin reportar beneficios a la sociedad. El tipo subjetivo se integra por el dolo y por el ánimo de lucro propio o ajeno, como elemento subjetivo del injusto que trasciende al dolo. El sujeto deberá ser consciente de que el acuerdo presenta una carga de lesividad para los demás socios y, además, deberá tener por finalidad obtener un lucro ilícito para él o para un tercero. En el caso que nos ocupa, la presunta descapitalización de NAFARTENA S.A.L. redundaría en perjuicio de todos los socios y no sólo de los no trabajadores. Por otro lado, no constan los acuerdos de los órganos de la mencionada sociedad en orden a la resolución del contrato de arrendamiento con JUMASA S.L. ni la posición del querellante en aquel momento y, lo que puede ser relevante, la razón por la que los hermanos Catena (padre y tío del querellante) no se han adherido a la misma y/o interpuesto otra en parecidos términos. Repetimos que el perjuicio será, en su caso, para todos los socios, sin que la existencia de una nueva sociedad constituya un elemento determinante en el plano penal, sin perjuicio de las posibles responsabilidades exigibles por vía civil de los administradores de la sociedad. Si el contrato de arrendamiento de las naves industriales expiraba el 20 de julio de 1999, y lo único que se produjo es una extinción anticipada a mayo de 1998 –cabe suponer que de acuerdo con alguna de las cláusulas del contrato–, las actuaciones posteriores creemos que carecen de relevancia penal; incluso en el supuesto de demostración del daño patrimonial de la decisión habría que probar el dolo específico y la concurrencia de los demás elementos del tipo del art. 291, cosa que, de la simple lectura de la querrela, no se desprende, todo ello sin perjuicio de la decisión judicial ulterior. En este sentido, seríamos partidarios de recomendar –ignoramos si ha habido calificación del fiscal dentro del procedimiento abreviado– el apartamiento de la querrela en los términos previstos en el art. 274 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; por otro lado, y al tratarse de un delito que conforme el C.P. sólo es perseguible a instancia de parte, resultaría de aplicación lo previsto en el art. 275 de la LECr. Incluso, aunque esto es dudoso y la jurisprudencia de los tribunales es errática en este punto, la parte contraria podría invocar el incumplimiento del trámite procesal previsto en el art. 278 de la propia LECr., ya que no consta que se haya intentado o celebrado el acto de conciliación entre querellante y querellados. Se trata en todo caso de una objeción menor, pero aconsejaríamos, en aras de un acuerdo global, la renuncia a la querrela, siempre y cuando el querellante preste su conformidad a la valoración de las acciones que posee en la sociedad anónima laboral y se formalice la venta de las mismas.

Mayor preocupación deben, *a priori*, suscitar las querrelas interpuestas contra los hermanos Catena en relación con su retribución como administradores de JUMASA S.L. y en relación con unos presuntos préstamos recibidos de dicha sociedad. Centrándonos, en primer lugar, en el escrito del Ministerio Fiscal (paupérrimo en su fundamentación jurídica), encontramos que califica los hechos como constitutivos de un delito societario del art. 291 del CP y de un delito de apropiación indebida continuada del art. 252 del CP. En otros términos, no se adhiere al querellante en la solicitud de pena por la comisión del delito tipificado en el art. 292 del CP, lo que constituye, como veremos, una buena noticia, puesto que este tipo era, *prima facie*, el más difícil de desmontar. El escrito de calificación del Ministerio Fiscal se centra en dos hechos básicos: la aprobación de una retribución para los administradores (en la Junta de 24 de noviembre de 1999) fijada en 750.000 pesetas anuales y la concesión de sendos préstamos (en julio de 1998 por importe de 645.000 pesetas, y en mayo de 1999, por importe de 900.000 pesetas), que fueron devueltos con posterioridad a la interposición de la querrela. Igualmente hace hincapié en la Junta celebrada el 7 de septiembre de 1998, donde se dispuso el cese de los administradores solidarios e indistintos (los tres socios) y el nombramiento de dos administradores titulares y dos suplentes (los hermanos Catena y sus respectivas esposas). Yerra el fiscal cuando afirma que esta actuación sirvió “para de esta forma poder obtener las mayorías necesarias para adoptar acuerdos, apartando al señor Amezcua de la gestión de la empresa”. El error básico consiste en obviar que eran y son titulares, conjuntamente, del 66,66% del capital y que, con tres, dos o un

administrador, seguirían conservando la mayoría del capital social y de los votos, puesto que no existen en los estatutos cláusulas limitativas de los derechos políticos de las participaciones sociales. De tal manera que no influye en nada el cese del Sr. Amezcua como administrador.

Aunque no se desprende de forma clara del escrito de calificación parece que el delito societario del art. 291 del CP es por la aprobación de una retribución como administradores, en tanto que la apropiación indebida es por los préstamos de JUMASA S.L. a los hermanos Catena.

En lo que se refiere al delito del art. 291 del C.P. y sin perjuicio de remitirnos a las consideraciones efectuadas anteriormente, conviene realizar precisiones adicionales.

Dentro del régimen jurídico de los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada no parece ni siquiera discutible la importancia de la remuneración como un instrumento para su control y estímulo de su dedicación. Además, en el plano de los principios y hasta de justicia material, una remuneración adecuada a la actividad y responsabilidad asumida debiera ser la regla implícita en la materia. Por ello, sorprende que la regla general en el marco de las sociedades de capital sea la gratuidad del cargo (art. 66 LSRL).

El establecimiento de una remuneración a los administradores por parte de la Junta general se establece en principio mediante un sistema de mayoría ordinaria, que podría haber sido reforzada estatutariamente sin llegar a la unanimidad. El acuerdo de la Junta general al respecto se encuentra sometido al control de impugnación si lesiona (retribución excesiva) los intereses sociales (art. 115 LSA) o si encierra un supuesto de ejercicio abusivo de derecho (art. 7.2 Código civil).

En las sociedades cerradas, familiares o cuasifamiliares, el administrador-socio no puede verse privado del derecho de voto en el acuerdo de la Junta general que establece la remuneración ni en el que fija su cuantía, si se quiere eludir, entre otros, el principio básico de que ningún acuerdo social necesita la unanimidad para su válida adopción.

Conviene recordar, por otra parte, que el cese o separación de los administradores opera mediante un acuerdo que puede adoptarse en cualquier momento por la Junta general y que, además, no precisa de la existencia de justa causa. De hecho y a tenor del artículo 68 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada tal acuerdo puede adoptarse por la Junta aun cuando la separación no conste en el orden del día.

Finalmente, el nombramiento de administradores suplentes es perfectamente legal en nuestro Ordenamiento jurídico a tenor del artículo 59 del cuerpo legal citado *ut supra*, debiendo únicamente reunir las condiciones que se exijan por la Ley y los estatutos para ser administrador.

Por todo ello, tenemos la firme convicción jurídica de que todos y cuantos acuerdos han sido tomados por las diversas Juntas generales (cese de administradores, nombramiento de administradores titulares y suplentes, establecimiento de remuneración para los administradores, fijación de la cantidad, etc.) han sido adoptados respetando escrupulosamente las normas y los principios más elementales de la legislación societaria, descartando de raíz la existencia de acuerdos abusivos, lesividad, u otros conceptos similares. Por consiguiente, creemos que la utilización de la vía penal para dirimir conflictos meramente civiles entre socios supone un uso perverso y claramente manipulado del tipo penal. Además, ni la querrela ni el escrito de calificación del Ministerio Fiscal han demostrado la inexistencia de beneficio alguno para JUMASA S.L. como consecuencia de las gestiones retribuidas de los administradores y cabe recordar que en el año 1998 se había producido la resolución anticipada del contrato de arrendamiento con NAFARTENA, S.A.L., razón por la que cabe deducir la necesidad

de realizar gestiones para asegurar los frutos del único activo de la sociedad. Si estas gestiones fueron concordadas con la retribución asignada por la Junta General corresponde dirimirlo en el plano civil, sin recurrir a la vía penal donde, por este hecho, no existe delito alguno.

## 2. Delito de apropiación indebida

En lo que se refiere al delito de apropiación indebida continuada en concurso con un posible delito de estafa del art. 249 del C.P., conviene resaltar *prima facie* la contradicción en las fechas en que incurre el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, ya que en la fecha del primer préstamo (julio de 1998) no pudieron aprovechar (como dice el fiscal) que eran los únicos administradores de la sociedad, ya que, como muy bien se señala en su escrito, la destitución del Sr. Amezcua tuvo lugar en la Junta de 7 de septiembre de 1998, de tal manera que difícilmente puede apreciarse el requisito de la continuidad en la supuesta apropiación indebida. Pero, además, no concurren los elementos del tipo penal de la apropiación, ya que el préstamo concedido por la sociedad es perfectamente válido (ellos no se concedieron un préstamo, sino que fue la sociedad la prestamista) y, pesando obligación de devolución, ésta se produjo como reconoce el escrito de acusación; de manera que no ha habido apropiación o distracción ni se ha negado la devolución. El hecho de que la restitución se haya producido con posterioridad a la interposición de la querrela en nada influye ni juega como excusa absolutoria (por analogía con el delito fiscal), simplemente porque no hay delito. Y, desde luego, no existe delito de estafa porque no se aprecia la conducta de engaño necesaria para la comisión de este delito; los préstamos se registraron en las cuentas de socios, se reflejaron en la contabilidad de la sociedad y no ha habido lucro alguno (ni propio ni ajeno) de los hermanos Catena. En cuanto al perjuicio para el sujeto pasivo del presunto delito (JUMASA S.L.) ni se explica, ni se concreta, ni se cuantifica, omitiéndose así otro elemento esencial del tipo penal. Por último, resulta fácil deducir que en el supuesto de no devolución del préstamo (cosa que no se ha producido), tanto la sociedad como el socio minoritario-querellante contaban con suficientes elementos concedidos por el ordenamiento mercantil como para restablecer el equilibrio patrimonial, por ejemplo, compensar el préstamo con cargo a los resultados de la sociedad en caso de distribución de dividendos. El único elemento relevante consiste en determinar si el préstamo se atuvo o no a las exigencias de las normas mercantiles y estatutarias que ordenan la vida de la sociedad, pero ello sólo daría lugar, en su caso, a la acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad en los términos previstos en el art. 69 de la LSRL; en suma, estamos ante un litigio exclusivamente civil y no penal.

En la querrela interpuesta por la acusación particular, se alude también a la posible comisión de un delito societario previsto en el art. 292 del CP, al que, como hemos dicho, no se adhiere el escrito de acusación del Ministerio Fiscal. Ello no es óbice para realizar una serie de consideraciones sobre este delito, en especial para deslindarlo del art. 291, y para subsumir o no la conducta de los hermanos Catena en el mismo, no en cuanto administradores sino en cuanto socios de JUMASA S.L., que es la entidad prestamista.

En el caso del art. 292 del CP, la adopción del acuerdo societario no responde a la presencia de una mayoría en el órgano social correspondiente, sino a una configuración ficticia, esto es ilícita, de la misma. Con ello, se produce una diferenciación clara del delito del artículo 291 y, lo que resulta más relevante, se dota al desvalor de acción de un contenido material de injusto. La intervención del Derecho penal se supedita, por tanto, no sólo a la presencia de un acuerdo abusivo o lesivo, sino también a las maquinaciones ilícitas tendentes a formar la mayoría ficticia que posibilita la adopción del acuerdo.

La necesidad de complementación por la normativa societaria del contenido y alcance de muchos de los elementos típicos previstos en el artículo 292 hace que sur-

jan, sin duda, problemas de interpretación sobre la relevancia penal de las conductas, tan sólo solubles a través de la doctrina sentada por los tribunales civiles. En efecto, no parece que pueda tildarse de cuestión pacífica el reconocimiento y concreto ejercicio del derecho de voto. Por ello, la mención expresa –aunque no exclusiva– de la atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo como forma típica de alcanzar la mayoría ficticia, sumergirá lamentablemente –quizá también inevitablemente– al juez penal en toda la casuística societaria existente al respecto.

Por otra parte, la imposibilidad descrita de precisar apriorísticamente y taxativamente la existencia de los presupuestos típicos, no dejará de redundar en un cierto abuso de la acción penal para dirimir conflictos meramente civiles, cuando no para ocultar el ejercicio de intenciones espurias, que parece ser el caso que nos ocupa.

El hecho de que los hermanos Catena con sus votos en el órgano social competente hayan constituido la mayoría no implica *ipso facto* que se esté en un supuesto subsumible en el artículo 292 del Código penal.

Se pretende argumentar en la querrela presentada contra los hermanos Catena que a tenor del artículo 52 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que le conceda un derecho, calificando, por ende, la retribución de los administradores como un derecho. Sin embargo, conviene nuevamente recordar que dentro del régimen jurídico de los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada no parece ni siquiera discutible la importancia de la remuneración como un instrumento para su control y estímulo de su dedicación. Además, en el plano de los principios y hasta de justicia material, una remuneración adecuada a la actividad y responsabilidad asumida debiera ser la regla implícita en la materia. Por ello, la retribución de los administradores no puede ser contemplada como un derecho *stricto sensu*, sino como una contraprestación de justicia material. Y no ha habido –o no se demuestra en la querrela– perjuicio económico para la sociedad o para el socio minoritario, puesto que la retribución como administradores es la contraprestación por un trabajo personal realizado por los hermanos Catena y dirigido a rentabilizar los elementos del activo de la sociedad. Como hemos dicho anteriormente, se puede discutir si existe o no correspondencia entre la retribución asignada como administradores y el trabajo realizado (algo que obvian tanto la querrela como el escrito de acusación del Ministerio Fiscal), si la retribución es excesiva, el grado e intensidad de la dedicación, pero lo que no puede es presumirse que la retribución es, *per se*, constitutiva de un perjuicio para la sociedad o para el socio minoritario a los efectos de subsumir la percepción de la misma en el tipo del art. 292 del CP. Y tampoco es relevante (dada la variación de las circunstancias tras la resolución del contrato de arrendamiento con NAFARTENA SAL) el hecho de que tradicionalmente en esta sociedad el cargo de administrador no tuviera carácter retribuido; es igualmente irrelevante el principio general del art. 66 de la LSRL, sobre el carácter gratuito del cargo, puesto que remite a la posibilidad de que los estatutos dispongan lo contrario, lo cual sucedió tras la modificación introducida en la Junta de 24 de noviembre de 1999, modificación estatutaria que se atuvo a lo dispuesto en los arts. 44 y 53 de dicha norma.

En lo que atañe a la vulneración del art. 52 de la LSRL, que se invoca en la querrela como medio para integrar el tipo del art. 292 del CP (acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia o por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo), conviene destacar que el querellante lee el precepto penal de forma sesgada, ya que, aun admitiendo a efectos de desmontar su dialéctica la posible transgresión de la norma mercantil (y ya veremos como tampoco puede proclamarse dicha vulneración), no consigue demostrar –simplemente porque no existe– la lesividad del acuerdo, ni que los administradores se hayan aprovechado del acuerdo ni que la sociedad o el socio minoritario hayan sufrido un perjuicio cuantificable económica-



mente. O, por mejor decir, tanto el querellante como el Fiscal estiman el perjuicio en la totalidad de la retribución, lo cual es tanto como afirmar que los hermanos Catena no realizaron ninguna prestación personal para JUMASA S.L. en 1999, algo que no se prueba y ni siquiera se aduce. De donde se desprendería que el problema no es cuantitativo sino cualitativo, es decir que, según la querrela, la mera retribución (no importa la cuantía, salvo para diferenciar los delitos de las faltas) es, *per se*, constitutiva de delito, lo que supone, en la práctica, criminalizar a los administradores de las pequeñas sociedades que perciban retribución por el desempeño de su función, sin mirar siquiera si esa función es beneficiosa para la sociedad y/o si supone una dedicación temporal que les prive de la realización de otras actividades retribuidas.

El conflicto de intereses que trata de resolver el art. 52 de la LSRL, privando a los socios del derecho de voto cuando se trate de adoptar acuerdos sociales en determinados supuestos taxativamente enumerados, no se produce en el caso que nos ocupa, ya que el único caso en que se subsumiría sería el de concesión de un derecho, entendiendo por tal la percepción de una retribución como administradores. Sin embargo, el art. 52 contempla dos supuestos, según que el socio que pueda entrar en conflicto de intereses, sea o no administrador de la sociedad. Si es administrador de la sociedad (como es el caso de los hermanos Catena) el no ejercicio del derecho de voto (y la deducción de sus participaciones del capital social a la hora del cómputo de votos precisos para el cálculo de la mayoría) sólo se establece cuando el acuerdo social 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 de servicios, supuesto al que, evidentemente, no se contrae la actuación de los hermanos Catena en la Junta donde se aprobó la retribución de los administradores. Para los socios en general (incluyendo los administradores), se prohíbe el ejercicio del derecho de voto cuando, entre otros supuestos, el acuerdo le libere de una obligación o le conceda un derecho; pero, como señala la doctrina mercantil al interpretar este precepto, la retribución de los administradores no supone la concesión de un derecho sino el reconocimiento de una contraprestación por la labor desempeñada en beneficio de la sociedad, estando, en contrapartida, sujetos a la censura de la Junta General, que se manifiesta en una doble vertiente: de un lado, la posible separación de su cargo por la Junta General, aunque el acuerdo no conste en el orden del día (art. 68 de la LSRL) y, de otro, la acción de responsabilidad prevista en el art. 69 de la propia norma.

En una sociedad con una estructura particional como JUMASA S.L. la interpretación del art. 52 de la LSRL similar a la propuesta por la querrela conduciría a que el titular del 33,33% de las acciones podría bloquear cualquier decisión mayoritaria y conduciría a resultados absurdos. Así, por ejemplo, ¿qué ocurre si los tres socios fueran administradores solidarios y se propusiera que el cargo fuera retribuido?. En teoría, que no se podría adoptar el acuerdo, porque nadie podría votar. ¿O, por citar otro ejemplo, *ex abundantia cordis*, qué ocurre en el caso del acuerdo social de distribución de resultados del ejercicio, donde dirimir si el resultado positivo se lleva a reservas o se distribuye vía dividendo supone la concesión de un derecho siendo en consecuencia imposible emitir ningún voto válido según la interpretación literal y restrictiva del art. 52 de la LSRL?.

Por todo lo anterior, estimamos que el acuerdo social de retribución de los administradores no conculca el art. 52 de la LSRL en cuanto no supone la concesión de un derecho y que la percepción de una retribución no integra el tipo delictivo del art. 292 del CP, al no haberse acreditado por las acusaciones el perjuicio económico para la sociedad ni para el socio minoritario, el cual no realizaba ninguna actividad para la sociedad, debiendo limitarse su derecho a la participación en los beneficios en la forma determinada por la Junta General. Y téngase en cuenta que la interpretación mercantil necesaria para la integración del tipo del art. 292 del CP nos será de utilidad para desmontar las demandas civiles, suspendidas en su tramitación como consecuencia de la prejudicialidad penal.

Por último, ha de tenerse en cuenta la existencia de un Auto donde se acuerda el nombramiento de un interventor judicial –sin que ello suponga, como solicitaba el querellante, puesto que el auto trae causa de la querrela por los presuntos delitos de apropiación indebida y societario del art. 291 del CP, apartar a los hermanos Catena de su condición de administradores. Hay que tener en cuenta, además, que las participaciones de dichos hermanos en JUMASA S.L. se encuentran embargadas de conformidad con lo previsto en el art. 589 de la LECr. Cabría instar una sustitución del embargo por un aval, fianza u otro tipo de garantía (argumentando la previsión contenida en el art. 612 de la LECr porque hay motivos suficientes para creer que el valor de las participaciones es superior a las responsabilidades pecuniarias de los procesados), a fin de, caso de llegar a un acuerdo con los herederos del Sr. Amezcua, posibilitar la transmisión de las participaciones o cualquier otro acto mercantil sobre los citados títulos. En cualquier caso, sí interesa destacar que los hermanos Catena, en cuanto siguen siendo válidos administradores, están obligados a comunicar al interventor cualquier acto de administración que realicen y, en particular, los libramientos de fondos contra las cuentas de la sociedad deberán contar con la firma del interventor. En caso de discrepancia con éste, resolverá el juez lo más conveniente, a instancias del interventor. Cabe suponer que la parte querellante habrá designado el interventor de su confianza y que el juzgado lo comunicará inmediatamente; entretanto, los administradores no pueden realizar actos de disposición de bienes de la sociedad, salvo los que sean absolutamente imprescindibles y necesarios para no poner en peligro el patrimonio societario.

En cualquier caso, sí interesa destacar que tanto el embargo de las acciones como el nombramiento de interventor no supone privar a los hermanos Catena de los derechos políticos (voto en la Junta) ni económico (derecho a la participación en los beneficios sociales) de JUMASA S.L., conforme se desprende del art. 38 de la LSRL y que, frente a la pretensión del querellante, no se les ha apartado de la administración. Y que la propia LECr prevé (art. 607) la existencia de una retribución para el administrador (aunque se está refiriendo al judicial, es interesante para desmontar que la percepción de una cantidad como administrador sea, *per se*, constitutiva de un delito societario); y, además, interesaría también –y los hermanos Catena en cuanto administradores pueden conocerlo perfectamente– si se prevé por parte del querellante una retribución para el interventor.

### III. ALTERNATIVAS MERCANTILES PARA LA SOCIEDAD LIMITADA Y PARA SUS SOCIOS

#### 1. Introducción

Nos corresponde ahora entrar a valorar las distintas alternativas que ofrece la normativa mercantil para resolver el contencioso que enfrenta a los socios mayoritarios con los herederos del minoritario, teniendo en cuenta que estas alternativas habrán de conjugarse, posteriormente, con las consecuencias fiscales, habiendo de aclarar que estas consecuencias fiscales pueden ser disímiles para los socios y que aquí sólo examinaremos las que atañen a los hermanos Catena. Y, evidentemente, habrá que valorar las consecuencias tributarias para la propia sociedad limitada, en cuanto que influyen también sobre los partícipes. Conviene también tener presente que muchas de las decisiones pueden ser adoptadas unilateralmente por los hermanos Catena (sea como personas físicas, sea como socios mayoritarios) y que, caso de desacuerdo con los socios minoritarios, no habría que temer las posibles represalias en el plano jurídico (las consabidas querrelas a las que nos hemos referido en el punto anterior, cuyo basamento hemos intentado destruir, dada la endeblez de los argumentos) aunque habría que valorar las consecuencias en el plano mercantil (por ejemplo, la paralización de la venta de las acciones de NAFARTENA S.A.L.). Hechas estas consideraciones, pasamos a exponer las distintas alternativas mercantiles:

## 2. Disolución de la sociedad

La disolución de la sociedad limitada por mero acuerdo de la junta general de socios no se trata, en rigor, de una causa de disolución sino más bien de una disolución en la que la causa determinante es la mera voluntad social, expresada a través de su órgano soberano de expresión de dicha voluntad social. De conformidad con el art. 104.1.b) de la LSRL el acuerdo se adopta con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos, es decir, de conformidad con el art. 53.2.a) de la propia norma se exige el voto favorable de más del 50% de las participaciones, ya que los arts. 9 y 21 de los Estatutos de JUMASA S.L. se remiten a la norma general. En esta forma de disolución no existen, por ello, problemas para determinar el momento en que se produce habida cuenta que la sociedad inicia su proceso extintivo por y con el acuerdo social. Desde ese mismo momento de la toma del acuerdo la sociedad se encuentra en liquidación (art. 109 LSRL) y cesan en su cargo los administradores, pudiendo la propia junta general proceder simultáneamente al nombramiento de liquidadores (art. 110.1 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), que podrán ser los mismos administradores.

Esta forma de disolución tiene carácter imperativo, por lo que, de un lado, sería nula la cláusula estatutaria que la eliminase directa o indirectamente (por ejemplo, exigiendo un acuerdo unánime) y, de otro lado, será posible adoptar el acuerdo de disolución aunque en los estatutos se hubiese fijado un plazo de duración de la sociedad que aún no hubiese transcurrido: disolución anticipada. Puesto que ninguna de las cláusulas señaladas aparecen en los Estatutos de la limitada mercantil de referencia no haremos más consideraciones sobre este punto.

La competencia de la Junta General para acordar la disolución ha de considerarse indelegable (art. 44.1 g) de la LSRL), lo que significa que ni es posible facultar al órgano de administración para que éste decida la disolución de la sociedad, ni la disolución puede quedar al arbitrio de los socios individualmente considerados. La convocatoria de la Junta General corresponde a los administradores, aunque sería conveniente que contara con el beneplácito del interventor judicial designado por los querellantes.

Como hemos señalado, estamos en presencia de un acuerdo extraordinario que exige tanto el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social, así como que, junto a la convocatoria, se exprese con la debida claridad que se somete a la junta general la intención de disolver (art. 71.1 LSRL) como, en fin, cualquier otro requisito –material o formal– que pudiera haberse establecido en los estatutos, aun cuando éstos no contienen mención al respecto.

Carece de sentido, en cambio, la aplicación del otro requisito legal relativo a las modificaciones estatutarias, consistente en el derecho de los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta, por que, en puridad jurídica, no se trata de un supuesto de modificación estatutaria, de modo tal que el derecho de información del socio será el previsto con carácter general para las reuniones de la Junta (art. 51 LSRL).

Adoptado el acuerdo de liquidación, cesan en su cargo los administradores y se convierten en liquidadores, salvo (supuesto improbable) que la Junta General nombre otros distintos (art. 110 LSRL); a su vez, los hermanos Catena –convertidos en liquidadores– tienen un plazo de tres meses para formular inventario y balance de la sociedad (art. 115 LSRL) y les corresponde realizar las operaciones de liquidación. Cabe tener en cuenta que la Junta General puede acordar la cesión global del activo y del pasivo a uno o varios socios y/o a terceros, si bien la eficacia de la cesión está supeditada a la inscripción de la escritura pública de extinción de la sociedad. Una vez concluidas las operaciones de liquidación, se somete a la Junta General el balance final, un informe

completo sobre dichas operaciones y un proyecto de división entre los socios del activo resultante.

Las objeciones para esta operación de disolución pueden ser de índole jurídica y económica, aunque conviene no descartarla *a priori*, teniendo en cuenta el interés de los socios minoritarios por quedarse con una de las dos naves industriales y/o por adquirir la totalidad del activo de la sociedad. En cuando a las objeciones jurídicas son dobles: de un lado, el acuerdo de disolución puede ser impugnado por los socios que no hubieran votado a favor del mismo en el plazo de dos meses desde la fecha de adopción y si el juzgado admitiera la demanda de impugnación se ordenaría la anotación preventiva en el Registro Mercantil (art. 118.2 de la LSRL); de otro, que salvo acuerdo unánime de los socios, todos tienen derecho a percibir en metálico la cuota de la liquidación. Esta segunda objeción es de índole menor si se llega a un acuerdo previo, pero conviene tenerla en cuenta porque enlaza con la objeción económica y es que habrá que enajenar los bienes sociales para cumplir con la previsión jurídica (salvo el ya citado acuerdo unánime), de forma que ello exigiría un comprador que asumiera la transmisión de las dos naves que constituyen el activo principal de la sociedad. Y exigiría también (art. 120 LSRL) cancelar los créditos con los acreedores o consignarlos en entidades financieras. Esta segunda objeción económica es menor si tenemos en cuenta que JUMASA S.L. cuenta con un fondo de inversión cuya cuantía se asemeja al saldo vivo del préstamo hipotecario o si partimos del hecho de que se enajenan las naves, de forma que se pueda cumplir la norma general de pagar la cuota de liquidación en metálico y de extinguir (también a metálico) los créditos con los acreedores.

### 3. Escisión de la sociedad

La regulación fundamental de esta operación mercantil se contiene en los artículos 252 a 259 de la LSA y en los artículos 235 a 237 del Reglamento del Registro Mercantil. La publicación de la LSRL de 1995 no ha variado esta situación, porque en esta Ley se contiene sólo un artículo, el 94, dedicado fundamentalmente a remitir todo lo relativo a la fusión y escisión de sociedades de responsabilidad limitada a las normas de la LSA, con pequeñas matizaciones. En estas operaciones revisten una gran importancia los aspectos fiscales, que pueden condicionar, de forma positiva o negativa como veremos posteriormente, la conveniencia o no de llevarlas a cabo. La necesidad de incorporar la normativa comunitaria sobre sociedades llevó a la inclusión de una sección en el capítulo IX de la LSA, que recoge la normativa vigente sobre la escisión, si bien se debe tener en cuenta que estas normas funcionan sobre la pauta de la normativa sobre fusión, y así se reconoce expresamente en el artículo 254 del último cuerpo legal citado.

Dentro de la operación jurídica de la escisión cabe diferenciar la escisión total o propiamente dicha y la escisión parcial o segregación. En la escisión total o escisión propiamente dicha, la sociedad se extingue, dividiéndose su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación o a una sociedad ya existente. Los socios de la sociedad que se extingue reciben acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias de la escisión a cambio de las que tenían en la sociedad que desaparece. En el supuesto de la escisión parcial o segregación la sociedad escindida no se extingue, sino que traspasa en bloque a otra u otras sociedades una o varias partes de su patrimonio, continuando existiendo ella misma con el resto de patrimonio no traspasado. También en este caso, los socios de la sociedad que se escinde reciben acciones o participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias de la escisión en proporción a las que poseían correspondientes a la parte de patrimonio transmitido.

En efecto, el artículo 252 de la LSA recoge estas dos formas distintas de escisión:

La extinción de una sociedad anónima, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente (escisión propiamente dicha).

La segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes. La parte del patrimonio social que se divida o que se segregue deberá formar una unidad económica, punto que, teniendo en cuenta la composición patrimonial de JUMASA S.L. puede constituir un obstáculo no sólo mercantil sino también y sobre todo fiscal para poder acogerse a las reglas sobre neutralidad fiscal de las operaciones de concentración empresarial contempladas en la Ley Foral del Impuesto sobre Sociedades, si bien conviene adelantar que esta posible objeción no afectaría a los hermanos Catena, sino a los socios minoritarios, dada la fecha de transmisión lucrativa de las participaciones. Y si está constituida por una o varias empresas o establecimientos, además de los otros efectos que se produzcan, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa (art. 253).

Las fases del proceso de escisión son semejantes a las de la fusión, y la propia LSA se remite, con las salvedades que la misma enumera, a las normas propias de la fusión, entendiéndose que las referencias a la sociedad absorbente o a la nueva sociedad resultante de la fusión equivalen a referencias a las sociedades beneficiarias de la escisión (art. 254). Así, existe un proyecto de escisión, redactado por los administradores, quienes tienen que redactar, igualmente, un informe sobre el mismo; se exige el informe de expertos independientes sobre el patrimonio no dinerario procedente de la sociedad que se escinde (arts. 255 a 257). Por lo demás, es necesario el acuerdo social correspondiente, el otorgamiento de la escritura, la inscripción de ésta y la publicación de la inscripción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Sí existe una norma especial para la escisión en el artículo 259, sobre la responsabilidad de las sociedades beneficiarias. A saber, en defecto de cumplimiento por una sociedad beneficiaria de una obligación asumida por ella en virtud de la escisión, responderán solidariamente del cumplimiento de la misma las restantes sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si la sociedad escindida no ha dejado de existir como consecuencia de la escisión, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación.

En principio, la escisión de una sociedad de responsabilidad limitada se rige por las mismas normas anteriormente expuestas que se contienen en la Ley de Sociedades Anónimas, en cuanto sean aplicables, entendiéndose efectuadas a socios y participaciones sociales sus referencias a accionistas y acciones (art. 94.1 de la LSRL). Existen, sin embargo, dos especialidades:

De un lado, sólo existirá obligación de someter el proyecto de fusión o escisión al informe de expertos independientes cuando alguna de las sociedades que se extingan como consecuencia de la fusión o alguna de las sociedades beneficiarias de la escisión revista la forma anónima o comanditaria por acciones (art. 94.2).

De otro, la sociedad de responsabilidad limitada en liquidación podrá participar en una fusión o en una escisión siempre que no haya comenzado el reparto de su patrimonio entre los socios, lo que enlaza con las consideraciones realizadas anteriormente sobre la disolución. Será necesaria la autorización judicial para participar en una fusión o escisión en los supuestos en que la liquidación sea consecuencia de una resolución judicial que declare la quiebra de la sociedad (art. 94.3), aunque, dado el patrimonio neto de JUMASA S.L. esta cuestión es meramente anecdótica.

Cualquiera que sea la modalidad de escisión (con o sin extinción de JUMASA S.L.), obligaría a la constitución de una o varias sociedades de nueva creación y/o a la utilización instrumental de una sociedad ya existente, que fueran empleadas para la

escisión. En el caso de los hermanos Catena se podía jugar con distintas opciones, según la posición compradora o vendedora de los herederos de D. Carlos Amezcua. Así, éstos podrían constituir una sociedad nueva a la que se adscribiría, previa escisión por segregación, una de las dos naves industriales propiedad de JUMASA S.L., de forma que los hermanos Catena pasaran a ser, previo acuerdo de permuta particional, los únicos socios de la sociedad limitada escisionaria, cuyo activo se habrá reducido sustancialmente; el único problema sería la valoración y la forma de compensación de los propietarios del 33,33%, supuesto que para que los herederos pudieran quedarse (a través de una nueva sociedad) con una de las dos naves deberían alcanzar una participación del 50% en JUMASA S.L. No obstante, este problema puede ser solventado jugando con la asunción del préstamo hipotecario por parte de los accionistas minoritarios, de forma que estos recibirían (a través de la sociedad de nueva creación en cuyo capital participarían exclusivamente) como activo una de las dos naves industriales pero como pasivo asumiría dicha sociedad el préstamo correspondiente.

En todo caso, conviene tener presente que el propio art. 100 de la LSRL prevé un mecanismo para la valoración de las participaciones sociales, en caso de desacuerdo sobre el valor real o sobre la persona que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir. La valoración corresponde al auditor de cuentas de la sociedad y si no estuviere obligada a verificación contable, por la persona que designe el Registrador Mercantil a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios; aunque el precepto se ubica en el capítulo destinado a la separación y exclusión de socios, creemos que puede ser utilizado como instrumento imparcial de valoración de las participaciones sociales. Su utilización dependerá de la posición de los socios minoritarios ante las distintas propuestas y, en concreto, en dos supuestos posibles: si ante una eventual oferta de compra de las participaciones de los hermanos Catena valoran las participaciones sociales por debajo de una eventual valoración independiente o si ante una eventual oferta de venta de sus acciones solicitan un precio desproporcionado.

#### 4. Transmisión de las participaciones sociales

La LSRL establece en los artículos 29 a 34 un régimen restrictivo de la transmisión de las participaciones que tiene, sin embargo, carácter dispositivo, al menos en lo que se refiere al régimen de la transmisión voluntaria por actos inter vivos y al régimen de la transmisión *mortis causa*. Es decir, que puede establecerse en los estatutos una regulación distinta para esas transmisiones.

En relación con este tema, cabe advertir (puede plantearse una modificación estatutaria que afecte al régimen de transmisión de las participaciones) que debe sopesarse bien la opción que vaya a elegirse (mantenimiento del actual sistema o modificación), ya que la variación del régimen de transmisión de las participaciones sociales es causa legal de separación de los socios que no hayan votado a favor del correspondiente acuerdo (art. 95 LSRL).

La transmisión voluntaria por actos inter vivos, a falta de regulación estatutaria, se regirá por lo dispuesto en el artículo 29 de la LSRL. Este régimen legal se caracteriza básicamente por las dos notas siguientes:

1ª La transmisión es libre si se realiza entre socios, en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. Técnicamente, JUMASA S.L. y NAFARTENA, S.A.L. no constituyen un grupo de sociedades, en los términos previstos en el art. 42 del Código de Comercio

2ª En los demás casos, la transmisión queda sometida al consentimiento de la sociedad; pero ésta sólo puede denegarlo si presenta al transmitente alguien (socio o no) que se comprometa a adquirirlas por el precio y en las condiciones comunicadas a la sociedad por el transmitente al solicitar la autorización.

Conviene tener presente que en el caso de transmisión onerosa, el precio será el fijado por las partes y, en su defecto, el valor real de las participaciones sociales determinado por el auditor de las cuentas o, en su defecto, por la persona que designe el Registrador Mercantil a solicitud de cualquiera de los interesados.

Los estatutos pueden, sin embargo, establecer un régimen diferente y disponen a estos efectos de un margen de autonomía muy amplio, en los términos previstos en los artículos 30 de la LSRL y 188 del Reglamento del Registro Mercantil. Pueden someter a limitaciones las transmisiones que la Ley considera, en principio libres; pueden sustituir el sistema de valoración de las participaciones a efectos del derecho de adquisición preferente de las personas presentadas por la sociedad al transmitente que solicita la autorización –sustituyendo, por ejemplo, el «precio comunicado» por el «valor real»–; pueden prohibir la transmisión por un período no superior a cinco años, caso que no nos ocupa dada la fecha de constitución de JUMASA S.L.; pueden prohibir totalmente la transmisión, si reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento; e incluso pueden imponer al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas cuando concurren circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los propios estatutos. Lo que en ningún caso pueden establecerse son cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria inter vivos de las participaciones sociales.

Además, las limitaciones a la transmisibilidad no tienen que ser necesariamente las mismas para todas las participaciones, por lo que cabe establecer sistemas diferentes concretando a qué participaciones se aplica cada uno.

La transmisión *mortis causa*, a falta de regulación estatutaria, es en principio libre (artículo 32.1 LSRL), aunque, por razones obvias se trata de un supuesto que no examinaremos; simplemente, cabe constatar que los estatutos pueden, sin embargo, limitarlas estableciendo en favor de los socios sobrevivientes un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, en los términos previstos en el artículo 32.2 LSRL.

Por su parte, la transmisión forzosa (previsto para el supuesto de embargo de participaciones en cualquier procedimiento de apremio y que sólo se activaría en caso de que en el procedimiento penal se dictara sentencia condenatoria y no se hiciera frente a la responsabilidad civil subsidiaria) se rige por las previsiones del art. 31 de la LSRL.

Si examinamos el art. 6 de los Estatutos de JUMASA S.L., observamos que no hay diferencias con las previsiones legales antes expuestas en lo que se refiere a las transmisiones hereditarias y forzosas. En el caso de transmisiones voluntarias intervivos, se establece la libertad para la transmisión de participaciones a favor de otro socio, del cónyuge, ascendiente o descendiente. Para la transmisión a terceros distintos de los señalados se establece un mecanismo que cabe sintetizar del siguiente modo:

El socio que pretenda la venta de participaciones a personas extrañas a la sociedad debe comunicarlo por escrito a cualquiera de los hermanos Catena (en cuanto administradores de la sociedad) y éste lo comunicará, a su vez, al resto de los socios en el plazo de quince días.

Los socios pueden optar por la compra en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación; si hubiera varios interesados, se distribuirán a prorrata de sus participaciones. Comoquiera que los estatutos hablan del derecho de tanteo de los socios, el derecho de adquisición preferente debería presuponer que el interesado habrá de igualar la oferta realizada por el tercero, aunque en este punto los Estatutos de JUMASA S.L. no son un dechado de claridad, porque esta interpretación parece chocar con el párrafo cuarto del art. 6, como veremos.

Si ningún socio ejerce el derecho de tanteo, JUMASA S.L. puede adquirir –y tiene otros treinta días de plazo– las participaciones para su amortización, previo acuerdo de reducción del capital social, supuesto que puede ser relevante de cara a ofrecer soluciones pro futuro, salvo que todos los socios consientan que la reducción no afecte por igual a todas las participaciones (art. 79.2 LSRL), punto básico para la reordenación del capital de JUMASA S.L., de forma que sólo se amortizaran una parte de las participaciones de los hermanos Catena. Transcurrido este segundo plazo de treinta días, el socio queda libre para transmitir las participaciones como estime conveniente.

Por último, el precepto conflictivo de los Estatutos (como consecuencia del no recogimiento del derecho de retracto que presupone el de tanteo, pero no a la inversa) es el que establece que, caso de discrepancia sobre el precio de venta, el valor de las participaciones se fijará por tres peritos, nombrados uno por cada parte (el socio transmitente y el que pretenda optar a la compra) y un tercero de común acuerdo y, caso de no alcanzar dicho acuerdo, será nombrado por el Juez.

Una vez vistas las especialidades estatutarias –y salvo que se inste una modificación sobre el régimen de transmisión de participaciones (con las consecuencias ya advertidas sobre el derecho de separación del socio disidente)– procede examinar esta alternativa, barajando las distintas hipótesis que nos ofrece la transmisión de participaciones sociales. Como hemos señalado, excluimos *a priori* la transmisión libre (sea onerosa, sea lucrativa) de las participaciones de los hermanos Catena a sus descendientes ya que si bien no tendría coste fiscal para ellos en el IRPF sí la tendría (en caso de ulterior transmisión) para éstos últimos, de tal manera que las alternativas se circunscriben a dos para el supuesto de transmisión onerosa de las participaciones, a saber, que se transmitan a los herederos del Sr. Amezcua o que se transmitan a terceros no socios.

En el primer caso, las dificultades mercantiles son menores y las divergencias se centrarían posiblemente en la valoración de las participaciones sociales, habiendo de recurrir a un perito judicial para determinar el valor real de éstas. Como alternativa, de consuno con la operación de escisión vista anteriormente, cabría plantear (aunque subsistiendo problemas de valoración) la posibilidad de que éstos adquiriesen el 16,67% que les resta para alcanzar el 50% de JUMASA S.L. y una vez producido el equilibrio entre las partes de cara a la escisión por segregación, proceder a ésta, con lo que se facilitarían la distribución del patrimonio social entre JUMASA S.L. y la sociedad a la que se aportan activos.

Aunque sea colateralmente, hemos de destacar que no vamos a entrar en una posibilidad que cabe barajar cuál es que JUMASA S.L., como tal sociedad limitada, proceda a enajenar las dos naves industriales a un tercero, ya que teniendo en cuenta que se encuentran prácticamente amortizadas se generaría un importante incremento de patrimonio sujeto a gravamen en el IS y con repercusión importante, conforme el régimen de transparencia fiscal, en el IRPF de los socios personas físicas. Es decir, cabe desaconsejar el mecanismo de hacer líquido el importante patrimonio inmobiliario de la sociedad para posteriormente disolver JUMASA S.L. y repartir el patrimonio líquido neto entre los socios. Al menos desde la perspectiva de los hermanos Catena –y también de los herederos del Sr. Amezcua– cualquier arreglo debería pasar por la transmisión de participaciones y no por la transmisión de activos.

En el caso de transmisión de las participaciones a terceros no socios hay que distinguir diferentes supuestos: de un lado, y sería el menos conflictivo, que todos los socios estuvieran de acuerdo en el precio ofertado, supuesto que sería fiscalmente neutro para los hermanos Catena, aunque tendría consecuencias en el IRPF de los herederos del Sr. Amezcua (si fueran ellos los vendedores), dada la fecha de adquisición de las participaciones. Teniendo en cuenta la indiferencia de la valoración para los hermanos Catena a efectos del IRPF, las divergencias podrían producirse a la hora de instrumentar mercantilmente el precio de la transmisión, por las consecuencias fiscales que, de cara a determinar el incremento de patrimonio sujeto al IRPF, tendría para los here-



deros del Sr. Amezcua. Lo que ocurre, sin embargo, es que la indiferencia tributaria de la valoración (siempre pensando en documentar la operación por debajo del valor real de la transmisión) será presente, pero no necesariamente futura, puesto que puede generarse un incremento no justificado de patrimonio, sobre todo teniendo en cuenta el posible cruce por parte de la Hacienda Foral de las declaraciones del IRPF y del Impuesto sobre el Patrimonio (que sí es objeto de declaración por parte de los hermanos Catena) y teniendo en cuenta el valor asignado en el último impuesto citado por D. Marcos Catena a sus participaciones en el capital de JUMASA S.L. a la que ya hemos hecho referencia.

De otro lado –y este sería otro supuesto más conflictivo– cabría plantearse que los hermanos Catena encontrarán un comprador para sus participaciones, en cuyo caso entraríamos en el mecanismo contemplado en el art. 6 de los estatutos y al que hemos hecho referencia, por los problemas que plantea el ejercicio del derecho de tanteo, aunque habría que diferenciar si éste es ejercitado o no por los herederos del Sr. Amezcua. En caso negativo, el problema desaparecería pero, en caso positivo, la cuestión se circunscribiría previsiblemente a la determinación del valor de las participaciones cuya venta se oferta, con los problemas periciales ya anunciados. En cualquier caso, el tercero oferente habría de concretar económicamente su oferta a efectos de, cumpliendo los estatutos, que cualquiera de los administradores notificase a los socios la propuesta e iniciar así los plazos señalados; la valoración de la oferta quedaría amparada en el art. 29.2.d) de la LSRL y las condiciones son las convenidas y comunicadas por el socio interesado en la transmisión a JUMASA S.L. Por otro lado, hay que tener presente (y ante el silencio del art. 6 de los estatutos entendemos defendible la aplicación supletoria del art. 29.2.c) de la LSRL) que la sociedad sólo puede denegar el consentimiento para la transmisión si comunica la identidad del socio (y estamos pensando en los herederos del Sr. Amezcua) que adquiera la totalidad de las participaciones, de tal manera que si los hermanos Catena, de consuno, plantean la transmisión pueden obligar a los socios minoritarios, para ejercer su derecho de adquisición preferente, a adquirir todas las participaciones ofertadas, lo que supone un elemento de presión añadido, puesto que, *ad exemplum*, la contraoferta de éstos no podría quedar limitada a adquirir el porcentaje necesario para alcanzar una participación del 50% del capital social.

En cualquier caso y para todas las cuestiones derivadas de la transmisión de participaciones hay que tener en cuenta que el art. 52.2 de la LSRL priva del derecho de voto al socio cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones, de modo que habría que llegar a un previo consenso con los accionistas minoritarios puesto que, formalmente, los hermanos Catena podrían, como administradores, convocar la Junta General pero si ambos se presentan como potenciales transmisores no podrían ejercer su derecho de voto. Ello no implica que la denegación de la autorización sea absolutamente discrecional puesto que la Junta General sólo puede adoptar ese acuerdo si concurre el requisito del art. 29.2.c) de la LSRL al que antes nos hemos referido.

## 5. Reducción del capital social con amortización de participaciones

Se trata de una alternativa que podíamos haber examinado en el epígrafe precedente, ya que entronca parcialmente con las normas estatutarias sobre transmisión de participaciones, aunque presenta problemas económicos y tributarios que pueden lastrar su aplicación. No obstante éstos, procede ser examinada como una opción adicional.

En efecto, la hipótesis contemplada partiría de una oferta de venta de participaciones a terceros ajenos a la sociedad (para cumplir la apariencia de legalidad mercantil y estatutaria se podría encontrar una persona o sociedad instrumental a los meros efectos de aparecer formalmente como interesada en la transmisión) y renun-

cia o no ejercicio por parte de los socios del derecho de tanteo, en cuyo caso JUMASA S.L., previo acuerdo de reducción del capital social, podría adquirir las participaciones ofrecidas para su amortización. Damos por reproducidas las consideraciones deducibles del art. 52.2 de la LSRL sobre la negación del derecho de voto al socio que pretenda vender sus participaciones y que hacíamos al tratar de la transmisión de participaciones, ya que se trata de una cuestión colateral pero latente. Aunque el acuerdo de reducción de capital exige el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones (art. 53.2.a) de la LSRL), ello no es obstáculo ya que, conforme el art. 52.2 de ésta, las participaciones del socio en situación de conflicto de intereses se habrán de deducir del capital social necesario para el cómputo de la mayoría.

El acuerdo de JUMASA S.L. sería de reducción con el objeto de restituir aportaciones (art. 80 de la LSRL) pero, teniendo en cuenta que, según nuestro diseño, no afectaría por igual a todas las participaciones, se exigiría el consentimiento de todos los socios.

Las posibles objeciones tributarias serán tratadas más adelante, teniendo en cuenta el diferente régimen a efectos de cuantificación del incremento patrimonial en el IS que tiene la reducción con devolución de aportaciones frente a la transmisión de participaciones, que es irrelevante. Por otro lado, y dada la estructura patrimonial de la sociedad, resultaría muy difícil restituir las aportaciones correspondientes a las participaciones amortizadas con cargo al acuerdo social de reducción del capital mediante la entrega de metálico y/o mediante la atribuciones de bienes cuya valoración equivalga al de las participaciones restituidas. De forma provisional y sujeto a un análisis detenido con los herederos del Sr. Amezcua, cabría plantear una solución pactada, pensando en la transmisión ulterior de participaciones y/o en la escisión de JUMASA S.L., es decir, contemplando hipótesis ya examinadas, consistente en que la sociedad limitada adquiriese para su amortización un número de participaciones de los hermanos Catena equivalente al 50% de las participaciones de cada uno de ellos, de forma que se reordenase el capital social cuya cuantía, tras la reducción, sería de 1.000.000 de pesetas y que pasaría a tener la siguiente distribución: herederos del Sr. Amezcua (500.000 pts), D. Juan Catena (250.000.– pts.) y D. Marcos Catena (250.000.– pts.). La restitución en metálico resulta prácticamente imposible, dado que la liquidez de la sociedad no alcanza una cifra situada entre 52 y 58 millones de pesetas (valor aproximado de las participaciones a adquirir para su amortización) y ello aunque se transmitieran, con fuertes minusvalías dado el momento bursátil de la renta variable, los fondos de inversión constituidos en el BBVA. Opcionalmente, aunque la solución es alambicada, cabría pensar en completar la cifra necesaria para la amortización de las participaciones mediante la instrumentación de préstamos –bancarios o no– o mediante un aplazamiento parcial de la restitución debidamente afianzado.

## 6. Aumento del capital social

Se trata de una opción mercantil que, simplemente, dejamos apuntada porque adolece de graves inconvenientes que la hacen inviable. En principio, sería fiscalmente y económicamente irrelevante para los hermanos Catena, siempre y cuando renunciasen como socios al derecho de preferencia establecido en el art. 75 de la LSRL y el aumento fuera suscrito exclusivamente por los herederos del Sr. Amezcua. Por otro lado, y teniendo en cuenta la imposibilidad de plasmar en una sociedad limitada la prima de emisión de los títulos (típica de las sociedades anónimas), la operación de aumento de capital –pensada para elevar el porcentaje de participación de los herederos del Sr. Amezcua hasta el 50%– sería doble, ya que, de un lado, habría que realizar, posiblemente, una ampliación con cargo a reservas (equitativa para todos los socios) y posteriormente, elevado el nominal de las participaciones, otra ampliación suscrita exclusivamente por los mencionados herederos, con desembolso en metálico. La com-

plicación del mecanismo, diseñado de cara a una futura escisión de la sociedad, hace inviable su planteamiento y simplemente dejaremos aquí constancia de su posible existencia.

#### **IV. CONSIDERACIONES FISCALES DE LAS DISTINTAS OPCIONES MERCANTILES ANALIZADAS**

Evidentemente, cualquiera de las opciones posibles desde el punto de vista mercantil puede verse condicionada o restringida por cuestiones tributarias, puesto que interesa conocer el régimen fiscal de todas las opciones antes de decantarse por cualquiera de ellas. En este sentido, conviene diferenciar entre las cuestiones fiscales que pueden afectar a los socios, como personas físicas, y las que pueden afectar a la sociedad, como persona jurídica, ya que los incrementos o disminuciones de patrimonio de unos y de otra están sujetos a tributos distintos, el IRPF en el primer caso y el IS en el segundo. Junto a ello y el ámbito de la imposición indirecta también pueden existir diferencias a la hora de plantear la operación, según que el sujeto pasivo sea una sociedad o una persona física, dado los criterios de separación entre el IVA y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, Operaciones Societarias y Actos Jurídicos Documentados. Junto a ello, hay que tener en cuenta que JUMASA S.L. se encuentra sometida al régimen de transparencia fiscal interna que supone imputar a los socios personas físicas residentes en España las bases imponibles positivas obtenidas por la sociedad, con independencia de que hayan sido objeto de distribución o no a los socios, lo que implica que el cálculo del valor de adquisición –para confrontarlo con el de transmisión a la hora de determinar el incremento o disminución de patrimonio obtenido como consecuencia de la enajenación y que hay que integrar, en su caso, en la base imponible del IRPF del socio– tenga ciertas especialidades en su conformación ya que se compone del coste de adquisición y de titularidad, concepto que explicaremos en su momento. Por último, en este preámbulo conviene llamar la atención sobre la influencia del factor temporal en las consecuencias tributarias de las distintas operaciones mercantiles; adelantando ideas que después desarrollaremos, el factor temporal influye decisivamente en un doble orden de cuestiones: de un lado, la fecha de adquisición de las participaciones sociales de JUMASA S.L., que difiere en el caso de los hermanos Catena (1969) y en el caso de los socios minoritarios que, al haberlas adquirido en virtud de herencia con posterioridad a 1994, van a pagar un peaje fiscal importante en caso de transmisión (peaje fiscal que no puede ser cuantificado porque desconocemos la base liquidable del IAJD devengado como consecuencia del fallecimiento del Sr. Amezcua o, dicho en otros términos, el valor asignado por los herederos a las participaciones sociales que poseía en JUMASA S.L.); de otro lado, el factor temporal influye pro futuro ante la inminente modificación del régimen de transparencia fiscal al que se encuentra sometido JUMASA S.L. que influirá no sólo en ésta como sujeto pasivo del IS, sino también en los socios como personas físicas del IRPF. Esta modificación (en realidad supresión del régimen y sustitución por el de sociedades patrimoniales, al que se refiere el art. 52 del anteproyecto de abril de 2002) –cuya entrada en vigor en el ámbito estatal se producirá el 1 de enero de 2003– será previsiblemente seguida por la Hacienda Foral de Navarra, de forma que aunque nos fundemos en las consideraciones deducibles del Anteproyecto del Gobierno de la Nación, las mismas son íntegramente extrapolables a la futura legislación foral navarra. Esta circunstancia introduce un factor que habrá de valorarse en un corto espacio de tiempo, consistente en determinar si las operaciones mercantiles (sea cuales fueran en esta sede) conviene realizarlas, por razones fiscales, antes o después del 31 de diciembre de 2002.

La Disposición Adicional 4ª de la LSRL de 1995 determinaba que el régimen de tributación de la transmisión de participaciones sociales de las sociedades limitadas será el establecido para la transmisión de valores por el art. 108 de la Ley del Mercado de Valores, norma que afecta fundamentalmente a la imposición indirecta y, en concre-

to, a la sujeción de la transmisión de participaciones sociales de las sociedades limitadas al IVA o al ITPAJD. Y puesto que se trata de contemplar las consecuencias tributarias de las distintas opciones mercantiles en todos los impuestos que pueden afectar a éstas, conviene hacer una previa referencia a la imposición indirecta, que es la que menores complicaciones plantea. La norma general es que la transmisión de las participaciones está exenta en ambos impuestos, salvo que se trate de sociedades cuyo activo esté constituido, al menos en un 50%, por inmuebles situados en territorio nacional siempre que como consecuencia de la transmisión el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o, al menos, una posición que le permita ejercer el control sobre tales entidades. En el supuesto que nos ocupa, y a la vista del patrimonio de JUMASA S.L., sería de aplicación la excepción a la exención y la transmisión de las participaciones sociales tributaría en el IVA o en el ITPAJD, según que el adquirente fuera persona jurídica o física (estando constituida la base imponible por el importe total de la contraprestación recibida como consecuencia de la transmisión de las participaciones sociales), de acuerdo con lo dispuesto en art. 17.1.14.I) de la Ley Foral del IVA y disposición concordante de la norma reguladora del ITPAJD, salvo que el adquirente no ostente el control de la sociedad. Y la excepción es lógica porque, en este tipo de sociedades con la composición prefijada de su patrimonio, se presupone que la transmisión de las participaciones encubre una transmisión de los inmuebles. Dos observaciones conviene resaltar: de un lado, que el sujeto pasivo será distinto según que la operación esté gravada por el IVA o por el ITPAJD (siendo *a priori* imposible determinar la sujeción a uno u otro impuesto puesto que dependerá de la condición del comprador de las participaciones), aunque, lógicamente, el coste fiscal de la imposición indirecta (con independencia de pactar internamente quién lo asume, el comprador o el vendedor) influirá en el precio a convenir; de otro, que en el supuesto que hemos manejado, de cara a plantear una eventual disolución y/o escisión por segregación de JUMASA, S.L., es decir que los herederos del Sr. Amezcua alcanzaran, mediante los mecanismos ya expuestos, un grado de participación del 50% en el capital de la mercantil de referencia no jugaría la excepción a la exención o, dicho en otros términos, la transmisión de las participaciones estaría exenta de cualquiera de los dos impuestos citados, ya que faltaría uno de los dos requisitos establecidos por el art. 108 de la Ley del Mercado de Valores.

Continuando con las consecuencias de cualquier diseño mercantil para dirimir el contencioso existente entre los partícipes de JUMASA S.L., señalábamos la inconveniencia de optar por una posible alternativa consistente en que fuera la sociedad como tal quien enajenase las naves que constituyen su principal patrimonio y con el producto líquido obtenido proceder a la disolución de la sociedad repartiendo el patrimonio neto entre los socios. Amén de los problemas que tendría en el Impuesto sobre Sociedades, existe una objeción fundamental puesto que la operación estaría sujeta al IVA (con una base imponible equivalente al importe de la venta de las naves), ya que la única fórmula para intentar la no sujeción consistiría, conforme el art. 7.1.a) de la Ley Foral del IVA, en transmitir la totalidad del patrimonio a favor de un solo adquirente (primer requisito), siempre que éste continuase el ejercicio de las mismas actividades empresariales del transmitente –JUMASA S.L.– (segundo requisito). Sólo la concurrencia simultánea de ambos permitiría declarar la transmisión ante la Hacienda Foral como un supuesto de no sujeción en el IVA, pero aun logrando esto no se enervarían las objeciones tributarias que la operación de transmisión de las naves por la sociedad tiene de cara al Impuesto sobre Sociedades –y de cara a los socios, mientras continúe en vigor el régimen de transparencia fiscal al que se encuentra sometido JUMASA S.L.–.

Desde el punto de vista de la imposición directa (IRPF), la alternativa más conveniente para los hermanos Catena sería la transmisión (siempre que el precio ofertado fuera aceptable) de las participaciones en JUMASA S.L., ya que al incremento patrimonial obtenido le sería de aplicación la previsión contenida en la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Foral 22/1998, de 30 de diciembre, del IRPF, prevista

para calcular los incrementos derivados de elementos patrimoniales (en este caso las participaciones sociales) adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1994 (puesto que la permanencia en su patrimonio era, en esa fecha, de veinticinco años, rige la no sujeción prevista en el apartado 2.e) de la citada disposición, ya que la permanencia de las participaciones en el patrimonio es superior a ocho años). Esta no sujeción de las plusvalías derivadas de la transmisión de las participaciones tiene tres consecuencias inmediatas: en primer lugar, que no cabe plantear –antes de la transmisión eventual– la donación o cualquier otro negocio gratuito intervivos por parte de los hermanos Catena a favor de sus descendientes, porque para éstos se podría generar un incremento no en el momento de la donación sino en el de la posterior transmisión de las participaciones, puesto que la fecha de adquisición sería la del perfeccionamiento de la donación, no pudiendo invocar, caso de venta por los donatarios, la citada Disposición. Existiría un medio de minimizar el incremento de patrimonio eventual consistente en declarar una base imponible por el IAJD concorde con el valor real de las participaciones donadas, pero en las horquillas en que nos movemos, ello supondría (al tipo del 0,8%) una cuota cercana a un millón de pesetas. Por otro lado, y aun realizando esta valoración a efectos del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, los donatarios deberían conservar las participaciones al menos durante un año para poder integrar la plusvalía en la base liquidable especial del IRPF y tributar al tipo del 18%, puesto que si las transmitieran antes de dicho plazo el incremento de patrimonio se integraría –con el resto de rentas ordinarias del año– en la base liquidable general, de forma que tributarían al tipo general.

En segundo lugar, que, al estar no sujeto el incremento derivado de la transmisión de las participaciones por los hermanos Catena, no tendrían ningún problema fiscal a la hora de declarar el valor real de la transmisión; el único problema sería colateral en el Impuesto sobre el Patrimonio puesto que el producto líquido obtenido con la enajenación luciría en su patrimonio cualquiera que fuera el destino del mismo (depósitos bancarios, fondos de inversión, compra de acciones en Bolsa, compra de inmuebles, etc). Sería conveniente observar algunas prevenciones (para el caso de discordancia entre el valor real percibido en la hipotética transmisión y el valor declarado o consignado en el documento público), puesto que en la declaración del Impuesto sobre el Patrimonio de D. Marcos Catena se consigna una determinada valoración de su porcentaje de participación en JUMASA S.L. y convendría que la contraprestación declarada por la transmisión, a efectos de calcular el incremento no sujeto al IRPF, fuera igual o superior. El valor declarado sí tendría relevancia en caso de que la operación estuviera sujeta al IVA o al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (sobre este punto, *vid. supra*), ya que actuaría como base imponible a la que aplicar el tipo del 6%.

En tercer lugar, la operación de transmisión de los hermanos Catena sería indiferente para los socios minoritarios, ya que lo trascendente para ellos sería que vendieran sus participaciones, puesto que en función de la fecha de adquisición (mediante herencia del Sr. Amezcua Gómez) en todo caso posterior al 31 de diciembre de 1994, no pueden acogerse a la no sujeción contemplada en la DT 7ª de la Ley Foral del IRPF. Curiosamente, en caso de adquisición –total o parcial, para instrumentar una operación de escisión– de participaciones a los hermanos Catena, interesaría a todos los implicados que el valor declarado fuera el valor real, ya que, como hemos señalado, es indiferente para los hermanos Catena a efectos del IRPF y es conveniente para los herederos del Sr. Amezcua de cara a fijar el valor de adquisición de las participaciones, puesto que cuanto más alto sea menor será el incremento a declarar en una eventual y ulterior transmisión de las participaciones. En caso de transmisión de las participaciones de los socios minoritarios su incremento de patrimonio tributaría al tipo del 18% y dicho incremento se calcularía de acuerdo con la siguiente fórmula, según el art. 43.1.c) de la LFIRPF:  $I(D)P: VT-CT$ , donde  $I(D)P$  equivale al incremento o disminución patrimonial calculados por diferencia entre VT (valor de transmisión, constituido por el precio obtenido en la transmisión de las participaciones) y CT (coste de titularidad, compuesto

por el valor de adquisición –en el caso de los herederos del Sr. Amezcua, la base imponible del IAJD liquidado tras la herencia, más las bases imputadas a los socios por la sociedad transparente (JUMASA S.L.) durante los años de permanencia en su capital menos los dividendos o participaciones en beneficios distribuidos a los socios por la sociedad transparente durante los años de permanencia en su capital.

El problema es que el valor de enajenación o de transmisión se fija en un mínimo por el legislador foral cuando se trate de sociedades de mera tenencia de bienes y dicho mínimo no puede ser inferior al resultante del valor teórico de la participación según el último balance aprobado, pero sustituyendo el valor contable de los inmuebles por el valor que tendrían a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio. Así como ese mínimo no plantearía problemas a los hermanos Catena en el IRPF, sí generaría importantes distorsiones para los socios minoritarios (sólo en caso de transmisión de sus participaciones) ya que teniendo en cuenta que el valor teórico según balance construido en función del valor contable será muy bajo, se operará la sustitución y, como mínimo, el valor de las naves se realizará en función del valor catastral. Paradójicamente, esta regla les beneficia si no venden sus participaciones sino, en el caso contrario, si son compradores de todo o parte del capital de los hermanos Catena.

Una cuestión colateral, antes anunciada, consiste en determinar la conveniencia o no (caso de optar por esta alternativa) de realizar la transmisión de la totalidad o de parte de las participaciones antes o después del 31 de diciembre de 2002, a la vista de la previsible, también en Navarra, sustitución del régimen de transparencia fiscal por el nuevo régimen de sociedades patrimoniales, régimen que proyecta sus efectos no sólo sobre los socios sino también sobre la propia JUMASA S.L. Antes de examinar el nuevo régimen sí conviene advertir que las plusvalías integrables en la base liquidable especial (aquéllas cuyo período de generación sea superior al año) pasa (al menos en el Estado) a tributar al 15%, lo que si bien es indiferente para los hermanos Catena puede ser relevante para los herederos del Sr. Amezcua (caso de transmisión de sus participaciones) y/o para los descendientes de los socios mayoritarios en caso de optar éstos últimos por la desaconsejable alternativa de donar las participaciones a sus descendientes con carácter previo a la transmisión.

El régimen de sociedades patrimoniales consiste básicamente en que dichas entidades tributan por el Impuesto sobre Sociedades, pero su base imponible se calcula conforme las reglas del IRPF y se divide, como la de éste y bajo los mismos criterios, en dos partes, general y especial. En el caso de las ganancias patrimoniales, no es de aplicación la norma que prevé la no sujeción (en el caso de Navarra) de las derivadas de los elementos patrimoniales adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1994, mientras que el tipo de gravamen será del 40% para la parte general de la base imponible y del 15% para la parte especial. Por último (antes de examinar el nuevo régimen de la distribución de dividendos y de la transmisión de participaciones) conviene destacar que sólo podrán practicar las deducciones en cuota previstas en el IRPF en cuanto resulten de aplicación a estas entidades. La mera reseña de este régimen en lo que se refiere a la formación de la base imponible desaconseja que JUMASA S.L. como tal entidad transmita las naves con posterioridad al 1 de enero de 2003, puesto que no va a poder gozar de reducciones ni acogerse a supuestos de no sujeción en función de la fecha de adquisición de las naves, es decir, luciría un incremento de patrimonio muy importante, aunque con el consuelo de que el mismo tributaría al 15% y no al 35% como hasta ahora (no obstante, parece preferible el sistema actual que permite corregir las plusvalías meramente monetarias a la hora de calcular el incremento derivado de la transmisión de bienes inmuebles).

En lo que se refiere a los beneficios, obtenidos a partir del 1 de enero de 2003, que fueran objeto de efectiva distribución, no se integran en la renta de los socios personas físicas (como es el caso de JUMASA S.L.); y en lo que se refiere a la transmisión

de participaciones se mantiene el régimen vigente que antes hemos descrito y que es indiferente para los hermanos Catena.

Puesto que en el año 2003, las sociedades patrimoniales deben declarar las bases imponibles positivas de periodos impositivos (ejercicios sociales) iniciados con anterioridad al 1 de enero de dicho año se establece la ultraactividad del régimen de transparencia fiscal, con alguna salvedad interesante a efectos de la planificación tributaria: de un lado, las participaciones en beneficios que procedan de ejercicios sociales previos (el del 2002) no tributan en el IRPF de los socios (aunque tampoco minoran el valor de adquisición) ni están sometidos a retención a cuenta; de otro, si JUMASA S.L. tuviera, como sociedad transparente, bases imponibles negativas pendientes de compensación (y siempre que pase al nuevo régimen de sociedad patrimonial), aquéllas pueden ser compensadas, a elección de la sociedad, con la parte general o especial de la base imponible positiva del año 2003.

Mucho más atractivo es el régimen ofrecido para la disolución y liquidación de sociedades transparentes contemplado en la DT 2ª del Anteproyecto de Ley de reforma del IRPF, puesto que ofrece una interesante perspectiva que deberá ser contemplada tanto por los socios mayoritarios como por los minoritarios de JUMASA S.L.

Las sociedades transparentes pueden (el régimen es voluntario y no imperativo) acordar su disolución y liquidación, adoptando válidamente el acuerdo durante el año 2003, y, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de adopción del acuerdo, deben realizar todos los actos y negocios exigidos por la normativa mercantil hasta la cancelación registral de la sociedad en liquidación. Los incentivos fiscales a la disolución en los términos previstos pueden sintetizarse así:

Exención del Impuesto sobre Operaciones Societarias en la modalidad de disolución de sociedades.

No devengo del Impuesto sobre Incremento de los Terrenos de Naturaleza Urbana con ocasión de las adjudicaciones a los socios de inmuebles de esta naturaleza.

A efectos del Impuesto sobre Sociedades de JUMASA S.L. no se devengaría renta o incremento de patrimonio alguno con ocasión de la atribución de bienes o derechos a los socios residentes en España (como es el caso que nos ocupa). Este incentivo es muy importante porque elimina los problemas que genera la práctica amortización de las naves industriales y, por tanto, la plusvalía por comparación entre valor de adjudicación a los socios y/o valor de transmisión y el valor neto contable.

A efectos del IRPF de los socios, el régimen es complejo. El valor de adquisición y titularidad (coste de adquisición más beneficios imputados y no percibidos por los socios), se aumentará en el importe de las deudas adjudicadas y se disminuirá en el de los créditos o dinero que le sean adjudicados en la liquidación. Los restantes elementos del activo (adjudicación de las naves) se considerará que tiene un valor de adquisición cero, sólo cuando el resultado de la operación anterior sea cero. Si, por el contrario, es positivo, el valor a atribuir será el resultante de distribuir el resultado positivo entre ellos en proporción al valor de mercado de cada uno o en función de los valores que resulten del balance final de liquidación de la sociedad, a elección del sujeto pasivo. Para concluir, hay que tener presente que los elementos del activo adjudicados a los socios (distintos de créditos o de dinero) se entenderán adquiridos en la fecha de adjudicación, lo que evidentemente puede perjudicar a los hermanos Catena, en tanto que es una norma moderadamente neutral para los socios minoritarios.

Como conclusión provisional puede señalarse que el régimen de incentivos a la disolución de sociedades transparentes es muy beneficioso para JUMASA S.L., como sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, en tanto que resulta complejo para los socios personas físicas. Para emitir un juicio definitivo sería menester efectuar un simulacro de disolución, a fin de comprobar las consecuencias fiscales en el IRPF. En

todo caso, este régimen no enerva la afirmación sobre el hecho de que la mejor operación para los hermanos Catena sería la transmisión de las participaciones sociales, lo cual no obsta para contemplar todas las alternativas que se suscitaban desde la vertiente mercantil.

La alternativa de la disolución de JUMASA S.L., amén de las objeciones mercantiles y económicas que planteaba y a las que hicimos referencia, no es recomendable por razones fiscales para la sociedad; entiéndase que estamos en presencia de una disolución inmediata (en 2002) y/o que (en el 2003) no se acoja a los beneficios fiscales previstos en la reforma de la Ley del IRPF y que acabamos de contemplar. En primer lugar, y en el marco de la tributación indirecta, la disolución de sociedades tributa, al tipo de 1%, en el Impuesto sobre Operaciones Societarias, constituyendo la base imponible el valor real de los bienes y derechos entregados a los socios, sin deducción de gastos y deudas.

Para JUMASA S.L., la extinción determina la conclusión del período impositivo (art. 48 de la LF del Impuesto sobre Sociedades), valorándose por su valor normal de mercado los bienes transmitidos a los socios por causa de la disolución (art. 26.1.c) de la LF del IS). El hecho de que se puedan y deban aplicar los coeficientes correctores de la depreciación monetaria previstos en el art. 27 de la LFIS (y puesto que, al parecer JUMASA S.L. no se acogió a la actualización de valores contemplada en la Ley Foral 23/1996, de 30 de diciembre) para el cálculo del incremento de patrimonio (coeficientes previstos en el art. 11 del Reglamento del Impuesto) no exime de considerar, aun sin conocer la contabilidad de la entidad, que luciría una renta muy importante sujeta a tributación en el IS; es precisamente sobre esta materia sobre la que incide el régimen fiscal incentivador de la disolución de sociedades transparentes previsto en el Proyecto de Ley de reforma del IRPF y al que hemos hecho alusión con anterioridad, puesto que eliminaría esta tributación en el Impuesto sobre Sociedades, así como la correspondiente al Impuesto sobre Operaciones Societarias. En este sentido, la doctrina de la Dirección General de Tributos (consulta 0469-01, de 6 de marzo de 2001) es clara al señalar (también en el caso de una sociedad transparente) que, en el período impositivo de la disolución, la sociedad –además de las rentas ordinarias percibidas– deberá integrar en la base imponible “la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos patrimoniales transmitidos a sus socios con ocasión de la liquidación y el valor contable de tales elementos” (la doctrina administrativa es aplicable a Navarra, puesto que no existen diferencias en este punto con la normativa estatal).

Para los socios, sin embargo, salvo los minoritarios debido a la fecha de adquisición de sus participaciones, la disolución y liquidación con devolución de aportaciones correspondientes a sus participaciones sociales no es relevante desde el punto de vista tributario, especialmente si la Hacienda Foral considera que la Disposición Transitoria 7ª de la LF del IRPF es aplicable a estos supuestos (recordemos que la citada DT declara no sujetos los incrementos de patrimonio derivados de la transmisión de elementos patrimoniales adquiridos con anterioridad 31 de diciembre de 1994 y que tuvieran un período de permanencia superior a ocho años). En el caso de los hermanos Catena (únicos socios a los que afecta) sí puede defenderse su aplicación sobre la base de que ha habido una transmisión de elementos patrimoniales (en ejecución del acuerdo social de disolución); en este sentido, puede traerse a colación, la consulta de la DGT núm. 0906-00 de 19 de abril de 2000 donde se señala que “las ganancias patrimoniales derivadas de la disolución y liquidación de entidades podrán ser objeto de reducción, siempre y cuando hayan sido adquiridas antes del 31 de diciembre de 1994, aplicando los porcentajes reductores”; dado que la norma invocada es similar en el caso de Navarra, no hay duda de la neutralidad fiscal de la ganancia en el IRPF de los hermanos Catena. En el caso de los socios minoritarios, donde no hay duda, por razones temporales, de la inaplicación de la DT 7ª de la LFIRPF, deberían integrar en la base imponible, como incremento de patrimonio, la diferencia entre el valor de mercado de los bienes recibidos y el valor de adquisición de las participaciones sociales, conforme el art. 43.1.e) de



la LF del IRPF. Este incremento se integraría en la base liquidable especial y tributaría al tipo del 18% (15% en el 2003, si Navarra mantiene la tónica de reducción de tipos implantada por el Estado). Cuestión distinta y en la que no podemos entrar, porque la desconocemos, es la posible existencia en alguno de los socios minoritarios de bases liquidables negativas pendientes de compensación que podrían reducir el coste tributario en el IRPF.

En suma, la disolución con adjudicación de elementos del activo como cuota de liquidación genera serios problemas en el Impuesto sobre Sociedades (con repercusión para todos los socios) y un coste fiscal seguro para los socios minoritarios en el IRPF, todo ello sin olvidar la sujeción al Impuesto sobre Operaciones Societarias.

Junto a ello hay que plantear como última contingencia fiscal la posibilidad de entender la adjudicación de las naves como una operación sujeta y no exenta en el IVA o en el ITPAJD, lo que supondría elevar el coste fiscal en un 6%, razones todas ellas que, de consuno, nos reiteran en el coste que implica la operación de disolución.

Los mismos problemas fiscales, *mutatis mutandis*, se plantearían, sobre todo para JUMASA S.L. en el Impuesto sobre Sociedades, en el caso de enajenar todo su activo inmobiliario para convertirlo en dinero líquido como paso previo a la liquidación; ello permitiría enervar la objeción mercantil a la operación, ya que, como vimos y salvo expreso acuerdo, los socios tienen derecho a percibir en metálico la cuota de liquidación, pero subsistirían los mismos problemas de lucimiento de un incremento patrimonial sujeto a tributación y los mismos problemas en el IRPF de los socios.

Una última alternativa fiscal en punto a la disolución (con o sin liquidación previa del patrimonio inmobiliario), aunque dilataría en exceso la operación (hasta prácticamente el año 2004) sería acogerse al nuevo régimen de las sociedades patrimoniales (cuya entrada en vigor se producirá el 1 de enero de 2003), contando como ventaja relativa que el incremento de patrimonio de JUMASA S.L. pasaría de tributar desde el 35% hasta el 15%, según la descripción somera que del nuevo régimen hemos realizado en líneas precedentes. En este caso, y para los hermanos Catena se mantendría la no tributación de la ganancia patrimonial obtenida en ese momento.

Otra posibilidad examinada dentro de las perspectivas mercantiles, consiste en la reducción de capital mediante amortización de participaciones, de forma que se equilibrara al 50% el porcentaje de los hermanos Catena y de los socios minoritarios, operación cuyo inconveniente básico, si se pretende la devolución de aportaciones en metálico consistiría en la insuficiente tesorería de JUMASA S.L. Desde el punto de vista de los socios (en este caso, sólo los hermanos Catena) se produce una transmisión derivada de la adquisición de un porcentaje de sus participaciones por JUMASA S.L., siendo irrelevante para los socios la posterior amortización por parte de la sociedad. En este sentido, habrá un incremento de patrimonio cuyo cálculo deberá de realizarse conforme el art. 43 de la LF del IRPF, con una especialidad adicional consistente en que, por mor del art. 9 de ésta, habrá que aplicar las normas de valoración de las operaciones vinculadas contenidas en el art. 28 de la LF del Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, interesa conocer si esa ganancia está o no sujeta al IRPF, es decir, si cabe el acogimiento a la no sujeción contemplada en la DT 7ª de la LFIRPF. No cabe ninguna duda que ésta es aplicable y, a tal efecto, puede traerse a colación, la contestación a la consulta de la DGT núm. 0834-01, de 26 de abril de 2001 donde se señala que “dado que como se ha señalado anteriormente, estamos ante una ganancia patrimonial, en este caso derivada de acciones adquiridas en 1981, resultarán de aplicación los porcentajes reductores previstos en la disposición transitoria novena [séptima en el caso de Navarra] de la Ley del IRPF, lo que determina en el presente caso, que las ganancias patrimoniales estén no sujetas a este impuesto” (en el mismo sentido, se pronuncia la consulta 0185-00 de 8 de febrero de 2000, la consulta 0058-02, de 21 de enero de 2002 y la consulta núm. 0663-02 de 6 de mayo de 2002)

Puesto que los socios minoritarios no participan en la operación, es irrelevante fiscalmente para ellos, aunque, como beneficio inmediato, obtienen una posición equilibrada con los hermanos Catena en el capital de JUMASA S.L.

Adicionalmente cabe señalar que la disminución de capital estaría sujeta al Impuesto sobre Operaciones Societarias (al tipo del 1%), siendo la base imponible el valor real de los bienes y derechos entregados a los hermanos Catena, sin deducción de gastos y deudas, ostentando éstos la condición de sujetos pasivos.

No obstante, hay que determinar los efectos tributarios en el Impuesto sobre Sociedades que para JUMASA S.L. puede tener la adquisición de un porcentaje de sus participaciones para su posterior amortización. En este sentido, hay que tener en cuenta que, además la reducción de capital implica devolución de aportaciones, por lo que serían de aplicación las previsiones del art. 26.1, 3 y 7 de la LFIS. En este sentido, la adquisición y amortización de participaciones propias no determina para JUMASA S.L. rentas positivas o negativas, mientras que en las reducciones de capital con devolución de aportaciones la diferencia entre el valor contable de las participaciones y el valor de mercado de los bienes recibidos se integra en la base imponible del socio, no de la sociedad. Ya hemos visto como en el caso de los hermanos Catena, esta integración genera un incremento de patrimonio no sujeto; sin embargo, JUMASA S.L. tendrá que valorar por su valor normal de mercado los bienes transmitidos a los socios como consecuencia de la reducción de capital con devolución de aportaciones, de tal manera que, como señala la contestación núm. 1707-00 de 4 de octubre de 2000, de la DGT, “la reducción de capital con devolución de aportaciones no dinerarias a los socios supone la integración en la base imponible de la entidad transmitente de la diferencia entre el valor normal de los elementos transmitidos y su valor contable, sin perjuicio de la aplicación de los preceptos relativos a la corrección de la depreciación monetaria”; pero obsérvese cómo la consulta se está refiriendo a devolución de aportaciones no dinerarias a los socios, de tal manera que las consecuencias descritas para JUMASA S.L. son distintas en caso de que la devolución fuera en metálico, ya que la consulta invocada y la contestación del Ministerio de Hacienda se refieren a un supuesto (que traemos a colación porque puede ser interesante en la planificación fiscal de JUMASA S.L.) de reducción de capital con devolución de aportaciones a los socios mediante la entrega de un inmueble. En este sentido, la consulta ya citada 0058-02, de 21 de enero de 2002 señala taxativamente que “la separación [las consecuencias son trasladables a la reducción de capital] de los socios con devolución de aportaciones en efectivo no determina la integración de renta alguna en la base imponible de la sociedad que lleva a cabo dicha operación” (en idéntico sentido se pronuncia la consulta núm. 1745-01, de 24 de septiembre de 2001)

En consecuencia, se trata de una alternativa fiscalmente viable, porque no tiene coste tributario alguno para la entidad ni para los socios mayoritarios, salvo la tributación al 1% por el Impuesto sobre Operaciones Societarias; en todo caso, téngase presente que esta consideración sólo es válida para el IS si la devolución de aportaciones a los hermanos Catena se hace en efectivo y no si se estructura mediante la entrega de bienes de la sociedad.

Resta, por último, hacer referencia a la escisión de JUMASA S.L., si bien para facilitar la misma sería conveniente, aunque no imprescindible, que se produjera un reequilibrio paritario del capital social entre los hermanos Catena y los socios minoritarios, a través de cualquiera de las fórmulas antes examinadas y de las que ya conocemos sus consecuencias fiscales, razón por la que hemos alterado el orden expositivo seguido al tratar de las opciones mercantiles. Y decimos que sería conveniente pero no imprescindible porque, como ya señalamos, cabe jugar con la asunción por parte de la sociedad instrumental de los socios hasta ahora minoritarios del préstamo hipotecario que luce en el pasivo de JUMASA S.L., siempre y cuando la entidad financiera acepte la novación subjetiva. La conveniencia proviene del hecho de que la escisión, con un

capital previamente equilibrado, será más creíble tanto por la facilidad de división objetiva y subjetiva de la sociedad, mientras que en la situación actual hay un desequilibrio patrimonial; además, conviene tener presente que para los herederos del Sr. Amezcua, dada la indiferencia fiscal de las operaciones de reducción de capital y/o de compra de participaciones a los hermanos Catena hasta que estos reduzcan su participación al 50%, la operación no sólo no es lesiva sino incluso beneficiosa, a los efectos de minimizar incrementos de patrimonio. En todo caso, lo que ahora interesa es contemplar la viabilidad fiscal de la operación desde la perspectiva de la posibilidad de acogerse o no al régimen especial contemplado en los arts. 133 a 146 de la LF del Impuesto sobre Sociedades.

Lo primero que conviene destacar es que el régimen especial es opcional para el sujeto pasivo, pero la opción por el mismo debe comunicarse al Departamento de Economía y Hacienda con carácter previo a la inscripción de la escritura de escisión, disponiendo el art. 146 de la LFIS que si de la comprobación administrativa de las operaciones mercantiles realizadas se probara que las mismas se realizaron principalmente con fines de evasión o fraude fiscal, se perderá el derecho a aplicar el régimen especial y la Hacienda Tributaria de Navarra procederá a regularizar la situación tributaria de los sujetos pasivos. Esto hace casi imprescindible que una vez diseñada la operación, pero antes de su ejecución, se eleve consulta a la Consejería de Economía y Hacienda para que determine si la misma se puede considerar o no subsumible en el régimen especial. En todo caso, la consulta debe ser clara, precisa y concreta, no olvidando ningún detalle a fin de que la Hacienda de Navarra no pueda excusarse en la variación de las circunstancias para desdecirse de su contestación a la consulta que, además tiene carácter vinculante, conforme lo dispuesto en el art. 94.1.e) de la LF 13/2000, de 14 de diciembre, General Tributaria de Navarra.

En todo caso, conviene tener presente la doctrina administrativa sobre el régimen fiscal de las operaciones de reorganización empresarial, teniendo en cuenta que su invocación ante la Hacienda de Navarra –aunque se trate de doctrina de territorio común– vincula a ésta, ya que se trata de una normativa de la Unión Europea y no cabe, por tanto, ejercicio de la autonomía fiscal navarra ni suplantación u omisión de los criterios estatales.

En este sentido, la contestación de la DGT núm. 1090-98, de 16 de junio de 1998 resuelve la consulta formulada por una sociedad en régimen de transparencia, al ser de mera tenencia de bienes, que pretende separar parte de los inmuebles que integran su activo, constituyendo una nueva sociedad. El Ministerio de Hacienda señala que “la aplicación del régimen especial no está condicionado a si las entidades intervinientes realizan o no actividades empresariales, o si las mismas deben ser o no entidades en régimen de transparencia fiscal. Por consiguiente, la operación así planteada podrá disfrutar del régimen tributario especial previsto, con las condiciones y requisitos establecidos en la citada norma. En particular, la escisión parcial deberá tener por objeto un conjunto de elementos patrimoniales constitutivos de una rama de actividad, en los términos del art. 97 de la Ley 43/1995 [del Impuesto sobre Sociedades estatal, que corresponde al art. 133.4 de la norma homónima de nuestra Comunidad].

En la contestación núm. 0258/98, de 18 de febrero de 1998, la entidad consultante tiene constituido su activo por bienes inmuebles y tiene intención de proceder a una escisión total transmitiendo a dos sociedades la totalidad de su patrimonio, entregando a los socios una participación en éstas en la misma proporción que tienen en la entidad consultante. La Dirección General de Tributos realiza, entre otras, consideraciones de interés para nosotros; de un lado afirma que “la Ley del Impuesto sobre Sociedades no establece ninguna limitación a la realización de esta operación por lo que se refiere a la naturaleza de los patrimonios transmitidos”, pudiendo la operación acogerse al régimen especial; de otro que “los socios valorarán a efectos fiscales los valores recibidos por el mismo valor que tenían los entregados según las normas del

IRPF. Caso de que éstos sean personas físicas, la conservación de la valoración supone también que los valores recibidos tengan la misma antigüedad que la de los valores entregados en el canje a efectos de una transmisión posterior de los mismos”. La conservación de la antigüedad es decisiva para los hermanos Catena, porque posibilita que, en cualquier caso, puedan seguir acogiendo a las previsiones de la DT 7ª de la LFIRPF y, en consecuencia, estar no sujeta a este impuesto la correspondiente ganancia patrimonial.

Por su parte, la consulta 0221/99, de 23 de febrero de 1999, aclara que el régimen especial es aplicable aunque las sociedades resultantes de la escisión sean sociedades en régimen de transparencia fiscal, de forma que se elimina el problema de creación de una sociedad familiar (sea de los hermanos Catena, sea de los herederos del Sr. Amezcua) como mecanismo instrumental para llevar a cabo la escisión.

El régimen fiscal especial de las operaciones de concentración empresarial proyecta sus efectos sobre el IS de JUMASA S.L. y sobre el IRPF de los socios, pero no hay que obviar las consecuencias de dichas operaciones en el ámbito de la imposición indirecta. En este sentido, conviene resaltar que el reconocimiento del régimen especial del IS supone que las operaciones mercantiles precisas estarán exentas del Impuesto sobre Operaciones Societarias, aunque no al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, aunque la incidencia cuantitativa de éste –por los documentos notariales que sustenten las operaciones mercantiles– no deber constituir motivo de preocupación excesiva.

En el caso del IVA, la no sujeción está vinculada a la aplicación del régimen especial contemplado en la normativa del IS, pero con matices. En efecto, siguiendo la doctrina contenida en la consulta núm. 0697-99 de 3 de mayo de 1999, sólo si JUMASA S.L. se disolviera sin liquidación dividiendo en dos partes su patrimonio social y transmitiéndolo en bloque a dos entidades (existentes o nuevas), se produciría la no sujeción en el IVA, de forma que en las restantes modalidades de escisión (y, en concreto, en la escisión por segregación, que parece ser el supuesto idóneo si se cumplen los requisitos), la operación estaría sujeta al IVA (al tipo del 6%), contingencia que cabe advertir, puesto que implica un coste fiscal en la operación.

La operación diseñada para JUMASA S.L. pasaría por una escisión por segregación, para lo cual los herederos del Sr. Amezcua y/o los hermanos Catena, deberían constituir una nueva sociedad, de manera que segregara una parte de su patrimonio que constituya una rama de actividad y la transmite en bloque a otra entidad (nueva o ya existente), recibiendo, a cambio, valores representativos de ésta última que deberán ser atribuidos a los socios en proporción a sus respectivas participaciones (de ahí la importancia de equilibrar el “accionariado” de JUMASA S.L. con carácter previo a la escisión), pudiendo establecerse también una compensación en efectivo que no exceda del 10% del valor nominal de los títulos. Compensaciones superiores harían inaplicable el régimen especial. En esta modalidad de escisión, lo decisivo es determinar, siguiendo el diseño previsto, si cada una de las naves industriales constituye o no una rama de actividad, aunque de la definición fiscal de este concepto (art. 133.4 LFIS) y de los antecedentes derivados de la doctrina administrativa no se desprenden objeciones fundamentales. El problema que puede plantear la escisión por segregación (salvo acuerdo entre los socios de JUMASA S.L. de permuta de acciones y/o participaciones) es que subsistiría JUMASA S.L. con los mismos partícipes que, a su vez, ostentarían acciones y/o participaciones en una sociedad ya existente o nueva. Para evitar esta objeción se puede pactar, *ex post*, que haya una permuta de acciones y/o participaciones con el objetivo de lograr el propósito de que la titularidad de las participaciones y/o acciones implique la propiedad de una de las dos naves industriales (para los hermanos Catena y para los herederos del Sr. Amezcua). En todo caso, se trata de cuestiones menores que no empecen la fórmula empleada, siempre y cuando haya acuerdo entre todas las partes. Por último, hay que tener presente dos cuestiones: de un lado, que en esta modali-

dad de escisión se hace preciso una operación ulterior de reducción de capital (que estaría exenta en el Impuesto sobre Operaciones Societarias si se enmarca dentro de la aplicación del régimen especial del Impuesto sobre Sociedades) y de otro, que la cuestión sobre el concepto de rama de actividad (necesaria para aplicar el régimen fiscal especial en esta modalidad de escisión) deberá ser resuelta por la Consejería de Economía y Hacienda dada la comunicación de la operación y la consulta que sería menester elevar.

Alternativamente, y se obviaría el problema del concepto de rama de actividad, cabría optar por la escisión con disolución sin liquidación de JUMASA S.L., para lo cual los actuales socios de ésta constituirían dos sociedades (o aprovecharían sociedades existentes), dividiendo la totalidad del patrimonio social de la mercantil de referencia; la ventaja es que aquí no se discute el concepto de rama de actividad, porque es irrelevante para disfrutar del régimen especial. No obstante, también es requisito inexcusable que las compensaciones en efectivo no excedan del 10% del valor nominal de los títulos, de forma que nos reiteramos en la conveniencia de lograr un equilibrio social en cuanto a la tenencia de participaciones en JUMASA S.L. antes de optar por cualquiera de las dos formas de escisión.

La aplicación del régimen especial de fusiones, escisiones y aportaciones de activos tiene una doble consecuencia, en el Impuesto sobre Sociedades y en el IRPF de los socios. En el caso del primero, habrá que distinguir entre las consecuencias para JUMASA S.L. y para la (s) sociedad (es) beneficiarias de la escisión total o parcial. De forma muy esquemática y para ofrecer argumentos que coadyuven a la adopción de una decisión por parte de los socios, los efectos del régimen especial se sintetizan del siguiente modo:

En el caso de JUMASA S.L., las rentas positivas derivadas de la transmisión de su patrimonio social o de una o las dos naves industriales no se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, es decir, no hay incremento de patrimonio sujeto a gravamen e imputable, por la vía de la transparencia, a los socios personas físicas.

Para la (s) sociedad (es) beneficiarias de la escisión el art. 135 de la LFIS establece que deberán valorar, a efectos tributarios, los bienes y derechos adquiridos por el mismo valor que tuvieron en JUMASA S.L. antes de realizarse la operación, manteniéndose igualmente la fecha de adquisición de los bienes por dicha mercantil limitada a efectos de calcular los porcentajes de corrección por depreciación monetaria. De tal manera que si estas sociedades beneficiarias transmiten algún bien o derecho con posterioridad a la escisión, tributarán en el Impuesto sobre Sociedades calculando el incremento de patrimonio de forma similar a como lo hubiera hecho JUMASA S.L.

En el caso de los socios de la sociedad limitada, habría que diferenciar según que la escisión fuera total o parcial, aunque, como veremos, desde la perspectiva de los hermanos Catena, esta alternativa es indiferente –e igualmente para los socios actualmente minoritarios, a efectos del IRPF. En efecto, el art. 138 de la LFIS establece que no se integran en la base imponible las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la atribución de valores de la entidad adquirente a los socios de la transmitente (JUMASA S.L.). Los títulos o participaciones recibidos se valorarán, a efectos fiscales, por el valor de los entregados a efectos del IRPF, aumentándose o disminuyéndose si hubiera entrega o recepción de compensación en efectivo (con el límite antes señalado). De cara a los hermanos Catena (y sólo para el supuesto de escisión total), es importante destacar que los títulos recibidos conservarán la fecha de adquisición de los entregados y ello es fundamental porque va a implicar que el incremento derivado de su transmisión ulterior estaría no sujeto, por aplicación de la DT 7ª de la LFIRPF. En consecuencia, es irrelevante fiscalmente, desde el punto de vista de la repercusión en el IRPF, la escisión total o parcial de JUMASA S.L.

Por todo lo anterior, la opción más recomendable para solventar el contencioso existente en la sociedad limitada de referencia es la escisión, cumpliendo todos los trámites mercantiles y requisitos que hemos detallado y, evidentemente, una vez solventadas las cuestiones penales y civiles, en especial las derivadas del embargo de las participaciones sociales de los hermanos Catena en JUMASA S.L.

## **V. CONSIDERACIONES FISCALES SOBRE LA TRANSMISION DE ACCIONES**

Aunque no parece haber grave conflicto sobre el acuerdo en NAFARTENA S.L. –ni en cuanto al precio ni en cuanto a la voluntad de transmisión de las acciones– sí conviene realizar una observación que afecta exclusivamente a D. Marcos Catena (no a su hermano ni a su sobrino). En efecto, las acciones de éste en la citada sociedad derivan del acto de repudiación de la herencia de D. Tomás Catena, formulado por las hermanas de éste y escriturado el 13 de diciembre de 1995. Siendo esta la fecha de adquisición de las acciones (por las que se liquidó el AJD, valorándose las mismas en tres millones de pesetas), se derivan dos consecuencias: la imposibilidad de acogerse a la no sujeción contemplada en la DT 7ª de la LFIRPF (valores adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1994) y que la cantidad comprobada a efectos del AJD juega como valor de adquisición para calcular el incremento de patrimonio a obtener por comparación con el precio obtenido con la transmisión, sin que quepa la aplicación de coeficientes correctores de la depreciación monetaria, dada la supresión de éstos por expreso deseo del legislador foral, tal y como consta en la Exposición de Motivos de la vigente Ley del IRPF. Evidentemente, el incremento de patrimonio se integrará en la base liquidable especial del IRPF (tributando al tipo del 18%), de forma que cabría plantearse la conveniencia o no de deferir la transmisión al año 2003 a fin de beneficiarse de la reducción del tipo al 15% (siempre en la hipótesis de que Navarra siga las pautas estatales).

Aunque se pueda jugar con el valor de transmisión (siempre y cuando el adquirente esté de acuerdo) conviene resaltar que Marcos Catena es declarante por el Impuesto sobre el Patrimonio habiendo otorgado un valor a sus acciones que es el que consta en la declaración de 2001; sería en consecuencia conveniente que el valor declarado en la transmisión no fuera inferior al declarado en el Impuesto sobre el Patrimonio, para evitar consecuencias no deseadas de un cruce de declaraciones.

Pamplona, agosto 2002